Über
Vertragseinheit und Vertragsmehrheit beim Kauf

im römischen und heutigen bürgerlichen Rechte.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Felix Stein

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1907.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Schott.**
Korreferent: Professor Dr. **Fischer.**

Meinen Eltern gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Einleitung.

§ 1. Die Verbindung verschiedener Vertragselemente in einem Rechtsgeschäfte 1

II. Römisches Recht.

§ 2. 1. Das Verhältnis solcher Einzelbestimmungen zueinander und zu dem ganzen Rechtsgeschäfte 4

§ 3. 2. Die Abgrenzungen eines derartigen Kaufs von den Innominatkontrakten 18

III. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 4. Die Bedeutung der Frage nach heutigem Rechte 27

§ 5. Insbesondere die Verbindung von Nebenleistungen mit dem Preise beim Kauf 38

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548224_0095

I. Einleitung.

§ 1.

Die Verbindung verschiedener Vertragselemente in einem Rechtsgeschäfte.

Es ist eine häufig auftretende Erscheinung, daß bei einer Verabredung, die von zwei Parteien getroffen wird, die eine von beiden Parteien mehrere Leistungen übernimmt, deren rechtlicher Charakter derart divergiert, daß sie, voneinander losgelöst und zum Gegenstande selbständiger Vereinbarungen gemacht, den Inhalt verschiedener Vertragsarten darstellen würden. Die Frage, die man in solchen Fällen aufwirft, wird dahin abgestellt, ob sich das Geschäft „als einheitliches Geschäft mit zusammengesetztem Leistungsinhalt" qualifiziert[1]) oder mehrere voneinander unabhängige d. h. selbständige Verträge vorliegen.

Die eminente Bedeutung der Entscheidung dieser Frage in dem einen oder andern Sinne ist für das römische Recht offensichtlich. Die streng formalistische Struktur des römischen Aktionensystems forderte eine genaue Benennung der Klage, und die durch die Litiskontestation eintretende prozessuale Konsumtion machte eine erneute Klageerhebung unmöglich.

Aber auch für das moderne Recht ist die Entscheidung der Frage trotz dieser nicht mehr bestehenden prozeßrechtlichen Besonderheiten und trotz der anerkannten Vertragsfreiheit nicht so unwichtig, wie man fürs erste meinen möchte. Dies wird unten näher ausgeführt werden.

---

[1]) Regelsberger in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Bd. 48) Bd. 12 S. 453 X. Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt oder Mehrheit von Verträgen?

Nun entsteht für den, der in Fällen, wie sie oben erwähnt sind, ein einheitliches Geschäft annimmt, die Notwendigkeit, den rechtlichen Charakter dieses Geschäfts festzustellen, zu prüfen, ob man es als Vertragsgebilde eigener Art bezeichnen muß, weil die nebeneinander übernommenen Leistungen zu sehr voneinander verschieden sind, als daß es sich noch unter eine bereits bestehende Vertragsart subsumieren ließe, oder ob eine der Leistungen den Ausschlag für seine Rechtsnatur gibt, indem die andern Leistungen sich dieser einen unterordnen.

Die Darstellung wird zeigen, wie sich römisches und modernes Recht in der Entscheidung der oben gestellten Frage, ob Vertragseinheit oder Vertragsmehrheit vorliege, insofern begegnen, als man heut wie einst zu der Annahme einer Vertragseinheit neigt, in der Erwägung, daß hierdurch der mit dem Gesamtabkommen verfolgte Zweck oder bezweckte Erfolg besser gesichert werde, als durch Auflösung der Einheit in getrennte Vertragsarten, und sie wird zeigen, wie in der Frage, ob Einheit oder Mehrheit von Obligationen bei Mehrheit von Leistungen zu unterstellen sei, für die Vertragseinheit nicht allein der Umstand entscheidet, daß sich die eine Verpflichtung in Abhängigkeit von der andern befindet, indem die erwartete Entstehung der einen das Motiv für die Eingehung der anderen bildet, sondern wie auch, abgesehen von dieser Beziehung, die rechtliche Beschaffenheit des Ganzen für die Vertragseinheit des Geschäfts ausschlaggebend sein muß. Zuzugeben ist allerdings, daß eine absolute Notwendigkeit zu dieser Zusammenfassung nicht vorhanden ist, daß kein unabänderlich feststehender Begriff zu dieser Konstruktion zwingt, sondern daß die ganze Individualisierungsfrage mehr nach der praktischen Seite (im Gegensatze zur logischen) neigt und in diesem Sinne verstanden und gelöst werden muß (s. Mitteis, Die Individualisierung der Obligation, Wien 1886, S. 28).

Der causale Gesichtspunkt soll im folgenden, weil er zeitlich und psychologisch vor den andern liegt, vorweggenommen, darauf erst die Frage nach der Vertragseinheit entschieden, und schließlich nach Ablehnung eines besonderen Vertragsgebildes dargetan werden, daß man im römischen Rechte bei der Quali-

fikation des dann vorliegenden Vertrags die benannten Kontrakte den unbenannten vorgehen läßt. In der Darstellung nimmt die Behandlung des Kaufs den breitesten Raum ein; die Rechtfertigung hierfür liegt darin, daß der Kauf als das wichtigste Geschäft des täglichen Lebens am häufigsten mit anderen Verträgen kombiniert wird.

II. Römisches Recht.

§ 2.

1. Das Verhältnis solcher Einzelbestimmungen zueinander und zu dem ganzen Rechtsgeschäfte.

Im römischen Rechte wird es sich bei der Prüfung der Frage nach dem Vorliegen von Vertragseinheit und Vertragsmehrheit gewöhnlich darum handeln, festzustellen, ob das vorliegende Vertragsgebilde zwei durchaus selbständige Verträge enthält, oder ob sich der eine Vertrag trotz einer gewissen Selbständigkeit in Abhängigkeit vom anderen Vertrage befindet, ein sogen. pactum adiectum darstellt, oder ob endlich das Ganze als ein Vertrag, als eine rechtliche Einheit aufzufassen ist.

Mehr wie irgendwo ist man gerade bei dieser Prüfung auf konkrete Tatbestände angewiesen, um zum Ziel zu kommen. So schließt sich auch die folgende Untersuchung zunächst an zwei in dieser Lehre besonders bedeutsame Fragmente an, nämlich fr. 79 D. 18, 1 und fr. 6 § 1 D. 19, 1. Der Text der beiden Fragmente lautet: fr. 79: Javolenus libro quinto ex Posterioribus Labeonis: Fundi partem dimidiam ea lege vendidisti, ut emtor alteram partem, quam retinebas, annis decem certa pecunia in annos singulos conductam habeat. Labeo et Trebatius negant posse ex vendito agi, ut id quod convenerit fiat. ego contra puto, si modo ideo vilius fundum vendidisti, ut haec tibi conductio praestaretur: nam hoc ipsum pretium fundi videretur quod eo pacto venditus fuerat: eoque iure utimur; fr. 6 § 1: Si venditi tibi insulam certa pecunia et ut aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito, ut reficias: si autem hoc solum, ut reficeres eam, convenisset, non intelligitur emtio et venditio facta, ut et Neratius scripsit.

Der Tatbestand, wie er im fr. 79 vorliegt, ist einfach. Sieht man zur Vermeidung von Verwirrungen davon ab, daß es Teile desselben Grundstücks sind, die den Gegenstand der Verabredung bilden, so ergibt sich die unzweideutige Feststellung: es verkauft jemand ein Grundstück mit der Maßgabe, daß der Käufer ein anderes, dem Verkäufer gehöriges Grundstück zehn Jahre hindurch gegen eine vereinbarte jährliche Pachtsumme in Pacht nehmen soll. Die Kontrahenten haben also eine emt. vend. abgeschlossen, die eine locatio conductio enthält; die beiden Kontrakte stehen miteinander derart in Verbindung, daß der eine die causa des andern ist, und zwar erscheint die locatio conductio, unbeschadet ihrer bilateralen Natur, als eine neben der Zahlung des Kaufpreises vereinbarte Leistung des Käufers im Rahmen der emt. vend., indem die locatio conductio bedingenden Einfluß auf die Bestimmung des Pretium ausübt. Ebenso klar liegt das in fr. 6 § 1 gegebene Beispiel. Auch hier ist ein Kaufvertrag des Inhalts geschlossen worden, daß der Käufer neben der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises die Verpflichtung zur Ausbesserung eines Hauses des Verkäufers übernimmt. Auch hier enthält also die emt. vend. eine locatio conductio operis, die wie die loc. cond. in fr. 79 als Bestandteil der emt. vend. aufzufassen ist und mit ihr eine Einheit bildet, indem die Aussicht auf ihre Erfüllung die Höhe des Kaufpreises bedingt hat.

Es ist demnach ersichtlich und muß mit aller Schärfe betont werden, daß es sich in den fr. 79 D. 18, 1 u. 6 § 1 D. 19, 1 nicht etwa um Vorverträge handelt, die in den Kaufverträgen enthalten sind und die gegenseitige Verbindlichkeit zum nachträglichen Abschluß einer locatio conductio bezw. einer locatio conductio operis zum Inhalt haben, man hat es ebensowenig mit einer Offerte zum Abschluß eines Pachtvertrags oder Werkvertrags zu tun, deren Widerruf durch den Kausalzusammenhang mit dem Kaufvertrage versagt wäre, sondern Pacht- und Werkvertrag sind bereits abgeschlossen.

Für die gerichtliche Geltendmachung dieser beiden Verträge gewähren Javolen (in fr. 79) und Pomponius (in fr. 6 § 1) im Sinne der zu ihrer Zeit herrschenden Meinung (eoque jure utimur)

— und Justinian hat die Aussprüche der beiden Rechtsgelehrten durch Aufnahme in die Digesten zum Gesetz erhoben — die Klage aus dem Kaufvertrage mit der Begründung, daß der Pachtvertrag und der Werkvertrag als Abreden, die neben der Zahlung des Kaufpreises vereinbart worden seien, und die den Verkäufer veranlaßt haben, das Pretium herabzusetzen, den Kaufpreis selbst, genauer einen Teil des Kaufpreises darstelle. Die Bemerkung Javolens: „nam hoc ipsum pretium fundi videretur" bringt außerdem den Gedanken zum Ausdruck, daß in Fällen, wie sie die beiden Fragmente enthalten, der Verkäufer der Notwendigkeit enthoben ist, ein besonderes vermögensrechtliches Interesse darzutun, um die verabredete Nebenleistung [1]) als gültig aufrechterhalten zu können, denn da die vertragsmäßige Nebenleistung ihr Äquivalent in der Gegenleistung hat, die mit Rücksicht auf das Vorhandensein der Nebenleistung vorteilhafter vom Standpunkte des Verpflichteten aus angesetzt zu werden pflegt, so haben auch solche Leistungen, die unmittelbar nur einem Affektionsinteresse des aus der Nebenleistung Berechtigten Genüge tun, wegen der Abhängigkeit von der Gegenleistung, wegen der Relation zu ihr, ohne weiteres einen Geldwert.

Zweifel an der Wahrheit dieser Behauptung für das römische Obligationenrecht, die aus der nicht ganz durchsichtigen und klaren Fassung des Gedankens in den angeführten Worten Javolens entstehen könnten, beseitigt fr. 6 § 1 D. 18, 7; in dieser Stelle schließt sich Papinian der Ansicht des Sabinus an, daß Konventionalstrafen zum Nachteile eines verkauften Sklaven auch ohne den Nachweis eines besonderen pekuniären Interesses deshalb gültig seien, weil das Interesse bereits durch die Bestimmung des Kaufpreises gegeben sei, der vom Verkäufer wegen der beigefügten Vertragsbestimmungen niedriger fest-

[1]) Wenn im folgenden das Wort „Nebenleistung" zur Bezeichnung der Verbindlichkeiten gebraucht wird, die aus den als Bestandteil des Kaufvertrags aufzufassenden Verträgen für den Käufer entstehen, so geschieht es nicht, um dadurch anzudeuten, daß diese neben der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises untergeordnete Bedeutung haben, sondern um längere Ausdrücke wie: die neben der Zahlung des Kaufpreises übernommene Leistung, zu vermeiden.

gesetzt worden wäre; damit verläßt Papinian seinen früheren Standpunkt, von dem aus er den Nachweis eines besonderen geldwerten Interesses verlangte.

Auch wird in der Regel ein besonderer Beweis, daß die Gegenleistung des Verkäufers wirklich mit Rücksicht auf die Nebenverpflichtung reguliert worden ist, nach den Erfahrungen des Lebens sich erübrigen, da eine Übernahme solcher Nebenverpflichtungen aus einer Liberalität nicht zu vermuten ist (vgl. l. 6 § 1 h. t.). Jedoch kann der Fall auch so gestaltet sein, daß sich ein Beweis als nötig erweist, wie fr. 79 zeigt.

Damit ist nicht zu verwechseln, daß der Verkäufer die Höhe des Kaufpreises und den Umfang der anderen vom Käufer übernommenen Verpflichtungen beweisen muß. Zutreffend bemerkt darum v. Wedekind[1]): „Der Verkäufer wird daher die Übereinkunft nicht nur bezüglich der Höhe des Kaufpreises, sondern auch bezüglich des Umfangs der anderen Leistungen behaupten und nachweisen müssen, und deshalb werden zweideutige wie faktische Ausdrücke zugunsten des Käufers, der ihren weiteren Umfang bestreitet, ausgelegt werden müssen."

Aus der in den zitierten Fragmenten zum Ausdruck kommenden oben erwähnten Vermutung folgt, daß der Unterschied zwischen dem tatsächlich vereinbarten und dem ohne die Nebenleistung etwa festgesetzten Kaufpreise das Interesse des Verkäufers an der Erfüllung repräsentiert, tatsächliches Ergebnis der Nichterfüllung also eine Erhöhung des Preises ist.

Schon dieser Umstand spricht gegen die von manchen Schriftstellern vertretene Ansicht,[2]) daß Verträge, wie sie in den genannten Tatbeständen vorkommen, regelmäßig in kondicionale Beziehung zueinander gesetzt sind; vor allem aber steht der Annahme einer Synonymie von lex und condicio für fr. 79 und

---

[1]) v. Wedekind im Archiv für praktische Rechtswissenschaft I. Bd. 2. Heft XI: Über Ausübung der Befugnis zum Gebrauch fremder Sachen durch Dritte, S. 28.

[2]) So Brissonius, De verborum quae ad ius civile pertinent significatione: Lib. 10 S. 721: lex pro conditione: fundi partem dimidiam ea lege vendidisti: l. 79 D. de contr. emt. Erxleben, Die condictiones sine causa. II Abtlg. Condictio causa data causa non secuta, S. 116.

der Annahme einer bedingenden Beziehung der beiden Verträge in fr. 6 § 1 entgegen, daß die Erzwingbarkeit der Bestandteilsverträge der emt. vend. außer Zweifel gestellt wird; Labeo und Trebatius bestreiten in fr. 79 nur ihre Klagbarkeit mit der venditi actio, nicht ihre Klagbarkeit überhaupt (s. unten), und Pomponius nimmt in fr. 6 die Klagbarkeit der loc. cond. operis als selbstverständlich an, und zwar auch mit der vend. actio.

Die Erklärung für die Gleichsetzung von lex und condicio ist in der Wesensverwandtschaft beider zu suchen. (Eine feststehende Terminologie hat sich aber aus dieser, wie z. B. fr. 79 zeigt, für die lex nicht herausgebildet.) Zwar wird die lex als einseitig gesprochen gedacht, denn ihr Wesen bildet „die Einseitigkeit der darin aufgestellten, gleichsam durch einen höheren Willen in gebietender Weise getroffenen Bestimmung“,[1]) aber natürlich wird trotz dieser Einseitigkeit nicht ausgeschlossen, sondern es ist vielmehr unumgänglich notwendig, daß die lex vom Gegenkontrahenten akzeptiert wird, und zwar muß mangels ausdrücklicher Erklärung in der Annahme der Sache, über deren Weggabe die lex festgesetzt wird, das Akzept des Gegenkontrahenten erblickt werden.

Und wenngleich die condicio Vereinbarung, Verabredung bedeutet, wie schon aus ihrer Zusammensetzung hervorgeht (con-dicere), so ist doch auch in ihr regelmäßig eine einseitige Willenserklärung enthalten; selbst für den Fall, daß sie in den Inhalt eines Vertrags aufgenommen ist, wird sie doch von seiten des einen der beiden Kontrahenten mit der Bedeutung festgesetzt, daß er durch sie die Erklärung abgibt, nur unter der Voraussetzung ihres Eintritts den Vertrag selbst abschließen zu wollen. Sie fordert also gleich der lex, daß man sich ihr beuge, sich dem Willen dessen füge, der sie aufgestellt hat, indem sie im Bewußtsein ihrer Selbstherrlichkeit den kategorischen Imperativ zum Ausdruck bringt: willst du das bedingte Geschäft, das bedingte Recht, so unterwirf dich der Bedingung; tust du s nicht, so wird dein Wille sein Ziel nicht erreichen.

Diese Erwägung mag zu der irrigen Annahme des kondici-

[1]) Erxleben a. a. O. S. 115—117.

onalen Verhältnisses der Bestandteilsverträge zur emt. vend. geführt haben.

Zum Ausgangspunkte der Erörterung zurückkehrend, sei vorweg bemerkt, daß, wie gezeigt,[1]) bei den Römern die vertragsmäßigen Leistungen nicht auf Kaufobjekt und Preis beschränkt waren (ein bestimmter Geldpreis ist in fr. 79 natürlich vereinbart worden, sonst wäre ja die Grundlage für die Annahme eines Kaufgeschäftes nicht vorhanden gewesen), sondern auf beiden Seiten Nebenleistungen hinzukommen konnten, ohne daß dadurch die rechtliche Natur des Kaufvertrags geändert wurde.

Was aber den Tatbeständen in den beiden Fragmenten 79 und 6 § 1 ein eigenes Gepräge gibt, ist der Umstand, daß eine locatio conductio bezw. eine loc. cond. operis, zweiseitige Verträge, die auf beiden Seiten Rechte und Verbindlichkeiten erzeugen, Gegenstand einer Nebenleistung sind.

Die loc. cond. operis tritt weniger häufig und fast stets in gleicher Beziehung als Bestandteil des Kaufvertrags auf, dagegen kommt die locatio conductio als Bestandteil des Kaufes oft und in mehrfacher Beziehung vor. Hervorzuheben ist einmal der Fall, daß der Käufer die Sache bis zur Bezahlung des Kaufpreises pachtet; die loc. cond. wird dann zugunsten des den Kaufpreis kreditierenden Verkäufers in der Weise verabredet, daß dem Käufer bis zur völligen Bezahlung des Kaufpreises nur der Genuß der Sache, in seiner Eigenschaft als Pächter, zustehen solle; das Eigentum der Sache bleibt beim Verkäufer bis zur Bezahlung des Kaufpreises, so daß hier, wenn nichts Ausdrückliches vereinbart worden ist, das pactum reservati dominii stillschweigend als vereinbart angesehen wird; dieses Verhältnis der locatio conductio zur emtio venditio, wie es z. B. in fr. 17 D. 18, 6 zu finden ist, bezieht sich aber auf den Vollzug, nicht auf den Abschluß des Kaufvertrags und gehört schon darum, dann aber auch wegen der grundsätzlichen Verschiedenheit von der andern Form, in der der Pachtvertrag als Bestandteil des Kaufvertrags aufzutreten pflegt, nicht in den Kreis dieser Darstellung. Denn

[1]) s. auch neben den bereits zitierten fr. l. 21 § 4 D. 19, 1.

hier handelt es sich nur um Fälle, wie sie z. B. in fr. 79 D. 18, 1 und fr. 21 § 4 D. 19, 1 zu finden sind.

Der Inhalt von fr. 79 ist bekannt; fr. 21 § 4 heißt: Si tibi fundum vendidero, ut eum conductum certa summa haberem, ex vendito eo nomine mihi actio est, quasi in partem pretii ea res sit. Es beschäftigt sich mit dem noch weniger komplizierten Fall, daß der Verkäufer das von ihm verkaufte Landgut gegen eine bestimmte Summe in Pacht nimmt und zum Schutze dieser Verabredung die Klage aus dem Kaufvertrage erhält, wie wenn dies Abkommen ein Teil des Kaufpreises wäre: „quasi in partem pretii ea res sit". Die kommentierenden Zusätze: „quasi in partem pretii" (in fr. 21) und „nam hoc ipsum pretium fundi videretur" enthalten die Rechtfertigung dafür, daß für dieses dem Kaufe eigentlich wesensfremde Element, wie es der Pachtvertrag ist, die actio venditi dem Verkäufer gewährt wird; der Pachtvertrag bildet eben mit dem in Geld festgesetzten Kaufpreise das pretium certum und erscheint in dieser Gestalt als integrierender Bestandteil des Kaufvertrags selbst.

In diesem Sinne erscheint durchaus berechtigt, was bei Otto und Meermann zu fr. 79 bemerkt wird, und was mutatis mutandis für fr. 21 Geltung hat. Otto sagt[1]: „Jam vero diversam causam habet haec conventio de qua nunc quaerimus, ut quae non ad adminicula, sed ad contractus substantiam omnino referatur. Pactum enim hoc quo ut aliquid fieret, convenerat, partem pretii occupare non dubitamus, cum nec sit verisimile emtorem id recepturum, nisi minoris res emta foret. Germanum huic est quod respondit Javolenus l. fundi 79." Und bei Meermann (Retes) heißt es:[2] „Ubi cum possideres fundum Tusculanum, partem illius fundi vendidisti, ut alteram partem emtor conductam haberet decem annis certa pecunia. Hoc in casu coalescit cum ipsa venditione fundi pactum illi adjectum nec sunt duo negotia emtio et conductio, sed unum idemque, scilicet sola emtio. Quare cum de actione dubitaretur, Javolenus dandam esse ex

[1]) Otto, Thesaurus juris Romani V S. 45.

[2]) Meermann, Thesaurus iuris civilis et canonici, Tom. 6 S. 162 Cap. III. quamnam actionem pariant pacta in continenti adjecta II.

emto censuit contra Labeonis Trebatiique sententiam.“ Darüber ist man sich einig, daß man es in beiden Fragmenten nicht mit durchaus selbständigen Verträgen zu tun hat, die die Annahme zweier voneinander unabhängigen Verträgen zuließen. Zweifeln kann man nur an der Richtigkeit der Behauptung, daß die locatio conductio in diesen Tatbeständen ein pactum adjectum darstellt.[1])

Die juristische Natur des pactum adjectum besteht nämlich darin, daß es an sich keinen selbständigen Vertrag bildet, sondern nur eine Kontraktsklausel darstellt, und wegen dieser Unselbständigkeit nur wenn es einem contractus bonae fidei beigefügt ist, an den Klagen dieses Geschäftes, eben um der bona fides willen, partizipiert, im übrigen aber als rechtlich irrelevant in sich zusammenfällt, sobald es, vom Hauptvertrage losgelöst, äußerlich selbstständig in die Erscheinung tritt.[2])

Das gilt doch aber nicht von der locatio conductio; sie ist, wie der Kauf, ein Konsensualkontrakt, der selbständigen Abschlusses fähig ist und dann die Klagbarkeit aus seinem eigenen Dasein schöpft. Eben das sei, meint Bechmann,[3]) der Grund, der erst in der späteren Zeit, der Zeit des Paulus z. B. in fr. 21 dem Prinzip vom doppelten Rechtsbehelf Geltung verschaffte, und der noch Labeo und Trebatius bestimmte, die Kaufklage zu verweigern; man hätte nicht die Notwendigkeit anerkannt, einer Verabredung, die sich als selbständig klagbarer Konsensualkontrakt charakterisierte, mit einer anderen Klage zu Hilfe zu kommen, mochte nun zwischen beiden Verträgen Kausalität bestehen oder nicht.

Diese Ansicht kann nicht geteilt werden; es sei eingeräumt, daß man sich im älteren römischen Rechte bei der formalistischen Enge des Zivilrechts und bei dem geschlossenen Aktionensystem

---

[1]) So auch Kritz, Das Pandektenrecht, I. Teil, Bd. 3 S. 299, 300.

[2]) Salkowski, Lehrbuch der Institutionen und der Geschichte des römischen Privatrechts S. 310; Sohm, Institut. des röm. Rechts S. 393/94.

[3]) Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. I. Teil: Geschichte des Kaufs im röm. Recht. II. Teil: System des Kaufs nach gemeinem Rechte, I. Abteilg. S. 481/82; Kohler im Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 13, der Gläubigerverzug S. 277.

nur schwer zur Gewährung doppelter Rechtsbehelfe entschlossen hat; aber in Fällen wie den vorliegenden hat man nicht zwei selbständige Verträge angenommen, sondern die actio praescriptis verbis (s. unten) für kompetent gehalten, indem man den jeweilig gegebenen Tatbestand in seiner Totalität als Innominatkontrakt qualifizierte, weil man den Zusammenhang, der zwischen beiden Verträgen bestand, bei der Beurteilung schwerlich außer Betracht lassen konnte; das hätte man aber nach Bechmann tun müssen, wenn man die actio locatio gewährt hätte; damit wäre der Teil vom Ganzen losgelöst und die Einheit des Gesamtgeschäftes zerstört worden.

So nehmen auch Westphal[1]) und Pernice[2]) an, die beiden römischen Rechtsgelehrten hätten für Tatbestände, wie sie in fr. 79 vorlägen, dem Verkäufer, da man ihn nicht klaglos stellen wollte, die sogen. actio praescriptis verbis gewährt; sie berufen sich für ihre Behauptung auf fr. 50 D. 18, 1; der Fall liegt freilich insofern anders wie der in fr. 79 gegebene, als dort, wo eine Büchersammlung mit der Auflage (die Kontraktsklausel muß trotz ihrer kondicionalen Form von Labeo als modus aufgefaßt worden sein, denn die Bedingung ist nicht klagbar) verkauft wird, daß die kampanischen Dekurionen dem Käufer einen Platz verschaffen, an welchem er dieselbe aufstellen kann, nicht wie in fr. 79 von einem zweiten, im Kaufvertrage enthaltenen Konsensualkontrakte die Rede sein kann, im übrigen aber kommen beide Fälle darin überein, daß ihre Tatbestände als einheitliche Geschäfte aufgefaßt werden müssen.

Und wenn man später doch entgegen früheren Rechtsanschauungen die Kaufklage in dem Falle gewährt, daß die Pachtberedung für die Regulierung des Kaufpreises maßgebend gewesen ist, so tut man es, weil man durch diesen Einfluß des Pachtvertrags auf die Höhe des Kaufpreises die innere Einheit des ganzen Geschäfts als eines Kaufes gewahrt sieht.

Die Ausdrucksweise Ottos und Meermanns darf nicht irre-

[1]) Westphal, Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Miet- und Erbzinskontrakt S. 532.

[2]) Pernice, M. A. Labeo, Bd. 1 S. 473 ff.

führen. Der Begriff des pactum adjectum ist nämlich offenbar für beide nicht mit dem oben entwickelten technischen terminus identisch, sondern umfaßt in dem Zusammenhange, in dem er gebraucht wird, ohne Rücksicht auf das Moment der Selbständigkeit und Klagbarkeit alle Verträge, die einem bonae fidei negotium beim Abschlusse beigefügt und mit der Klage aus demselben geltend gemacht werden können.

Denn die Qualifikation des Ganzen als Vertragseinheit kommt unzweideutig durch die Bemerkung Meermanns: „nec sunt duo negotia emtio et conductio sed unum idemque scilicet una emtio“ zum Ausdruck.

Man wird dem Ausgeführten nach also fehlgehen, wenn man in Tatbeständen, wie sie bisher besprochen worden sind, und wie sie noch weiter unten erwähnt werden, mit Kritz einen Hauptvertrag und ein bei aller Abhängigkeit von diesem doch mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestattetes pactum adiectum als vorliegend ansieht. Die römische Auffasung, die ihren prägnantesten Ausdruck in der Art der Klagewährung findet, drängt vielmehr dazu, die Annahme von der Existenz eines Hauptvertrags und eines pactum adiectum in demselben Tatbestande fallen zu lassen, die Idee, derartige „Nebenabreden“ bildeten einen Anhang zum Hauptvertrage, seien dessen adminikulierendes Beiwerk, aus der Betrachtung auszuscheiden und den Tatbestand als geschlossene Vertragseinheit zu bezeichnen.

Den Nebenabreden selbständigere Bedeutung beizumessen,[1]) sie etwa als Nebenverträge, genauer gesprochen, Nebengeschäfte zu bezeichnen, ist deshalb nicht angebracht.

Diese Bezeichnung kann man ihnen natürlich überhaupt nur beilegen, wenn man z. B. unter Nebenvertrag beim Kaufe mit Brinz[2]) alles das versteht, was zur Einschränkung oder Erweiterung des Kaufgegenstandes, der beiderseitigen Rechte und Pflichten durch die Parteien bestimmt wird, und voraus-

[1]) So Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, Bd. 2 § 116 S. 646, 225; Beispiele von Nebenverträgen: Fr. 21 § 4 D. 19,1 fr. 75, 79 D. 18,1.

[2]) Brinz, Lehrbuch der Pandekten II Bd. 2 Abt. 2 § 325 S. 710.

gesetzt, daß man Nebengeschäft den Nebenvertrag nennt, der nicht Änderungen innerhalb des typischen Rahmens des Kaufvertrags herbeiführt, sondern außerhalb dieses Rahmens liegt, ihn überschreitet und fähig ist, selbständig abgeschlossen zu werden, im konkreten Falle aber mit dem Kaufvertrage akzessorisch verbunden wird und wegen dieser Verbindung an den Klagen aus dem Kaufvertrage Anteil hat.

Mit dieser Definition des Nebengeschäftes ist gleichzeitig die Möglichkeit einer Unterscheidung des Nebengeschäftes von der Nebenbestimmung gegeben, die, wie Bekker es ausdrückt, „Änderungen gegenüber der normalen Gestaltung innerhalb des typischen Rahmens bewirkt".[1])

Freilich bleibt damit immer noch die Frage offen, wo die Grenze zwischen Nebengeschäften und anderen ebenfalls außerhalb des stereotypen Umfanges liegenden Willenserklärungen zu suchen ist, die Frage, auf welche Art ein Geschäft mit dem anderen verbunden sein muß, um sich als Nebengeschäft zu qualifizieren, und wo die Scheidelinie zwischen der Kategorie von Haupt- und Nebengeschäft und der Kategorie zweier gleichberechtigten Willenserklärungen, die in ihrer Vereinigung ein Hauptgeschäft darstellen, gezogen werden muß. Die Definition aller dieser Begriffe und ihre damit gegebene Scheidung voneinander ist nicht ein bloßes Operieren mit Worten und von Silbenstecherei weit entfernt. Brinz, v. Scheurl und Bekker wollen zum Ausdruck bringen, daß „Nebenverträge" und „Nebenbestimmungen", wie sie sie auffassen, immer als Bestandteil eines bereits vorhandenen Vertragstypus auftreten und nur in dieser untergeordneten Stellung Lebensfähigkeit haben, also nicht selbständig zu sein vermögen, weil sie nur Modifikationen und Variationen im Rahmen der typischen Rechtsfigur bilden, demnach ihrer Beschaffenheit entsprechend die Unselbständigkeit mit auf die Welt bringen. Wo sie auftreten, erübrigt sich dem Ausgeführten nach die Prüfung, ob Vertrags-

[1]) Bekker, System des heutigen Pandektenrechts Bd. 2 S. 291; s. auch v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts Bd. 2 Heft 2 S. 2/3.

einheit oder Vertragsmehrheit vorliege. Die Notwendigkeit zwingt dazu, ihnen Bestandteilscharakter beizumessen und das Ganze als Vertragseinheit zu qualifizieren.

Anders bei den Nebengeschäften und den anderen außerhalb des typischen Rahmens liegenden Willenserklärungen. Bei diesen gibt es kein So und nicht anders-Sein, keinen Zwang und auch keine Möglichkeit zur einheitlichen Charakterisierung, denn der Zufall, der gerade vorliegende konkrete Tatbestand, ist für ihre Wesensart entscheidend. Sie können durch Vereinigung miteinander oder mit anderen Verträgen ein Obligationsindividuum höherer Potenz bilden, sind aber abgesehen hiervon selbständigen Abschlusses fähig und mit typischen Merkmalen ausgestattet. Gibt man ihnen gemäß einem konkreten Tatbestande Zubehör- oder Bestandteilsnatur, so resultiert hieraus die bedeutsame Folge, daß man den Tatbestand als Einheit beurteilen und damit der Parteiabsicht und dem Wesen der Obligation auf zweckmäßigere Art entsprechen kann.

Im übrigen ist aber die Grenze zwischen Begriffen wie „Nebengeschäfte, Haupt- und Nebengeschäft, gleichberechtigte Willenserklärungen usw." zu flüssig, um eine schärfere Präzisierung zu ermöglichen, und darum für die Darstellung ohne Nutzen. Wesentlich ist nur, daß der Charakter der Abreden, wie sie in den bisher genannten Fragmenten getroffen waren, so festgehalten wird, wie er oben definiert wurde, dann sind Begriffe wie Nebenvertrag, Nebengeschäft überflüssig, weil sie auf die betreffenden Tatbestände unrichtig angewandt sind. Betrachtet man also z. B. die Übernahme zur Zahlung des Pachtzinses oder zur Ausbesserung des Hauses (fr. 79, fr. 6 § 1) von seiten des Käufers als eine Verbindlichkeit, die von ihm neben der Zahlung des Kaufpreises übernommen worden und in gewisser Beziehung in Anrechnung auf den Kaufpreis erfolgt ist, dann kommt man, wie schon erwähnt, zu der Feststellung, daß der Satz: Pretium in numerata pecunia consistere debet[1]) nur mit der Einschränkung gilt, daß die Gegenleistung

[1]) Gai, Institutiones herausg. von Krüger und Studemund III 141.

des Käufers zum Teil in barem Gelde, zum Teil in anderen Sachen oder Leistungen festgesetzt sein kann.[1])

Kritz[2]) sagt, daß in solchem Falle der Kauf in Verbindung mit dem, was außer der Sache und dem Preise geleistet werden soll, einen gemischten Vertrag bildet, der sich aus einem Kaufe und einem anderen Vertrage, gewöhnlich einem Innominatkontrakte des römischen Rechts, zusammensetze, und erklärt es für etwas „in praktischer Hinsicht Gleichgültiges", daß die Römer auch in solchen Fällen die Kaufklage gewährten.

In Anwendung dieser Behauptung auf die Tatbestände in fr. 79 u. fr. 6 § 1 ist zuzugeben, daß die locatio conductio bezw. locatio cond. operis eigenartige Bestandteile des Kaufvertrages sind, aber zurückgewiesen muß die Ansicht werden, daß diese Bestandteile selbständigere Bedeutung haben, dem Kaufvertrage gleichwertig sind; sie sind eben nur Bestandteile, das ganze Geschäft darum einheitlich Kauf.

Grade der Umstand, daß man die actio venditi für die Erfüllung von Nebenleistungen (s. S. 6 Anm. 1) gewährt, beweist, daß man ein eigenartig gestaltetes Vertragsgebilde nicht annimmt, sondern das ganze Geschäft in das geschlossene Kontraktssystem einreiht. Das geschieht freilich sehr oft im Hinblick darauf, daß ein Teil des Abkommens, in selbständiger Form auftretend, zum klaglosen Paktum würde, aber wie die angeführten Beispiele zeigen, auch ganz unabhängig davon in der berechtigten Erwägung, daß durch Unterordnung des Abkommens unter einen einheitlichen rechtlichen Gesichtspunkt der von den Parteien bezweckte Erfolg besser erreicht werde, als durch Zerstückelung der Einheit. Man betrachte als Beleg hierfür neben fr. 79 und fr. 6 § 1 D. 19, 1 die fr. 9 eod., fr. 6 § 1 D. 18, 1, fr. 6 § 2 eod., C. 2 de pact. int. emt. et vend. 4, 54, l. 18 § 2 D. 39, 5, l. 5, § 5 D. 24, 1. Weitere Fragmente bei Regelsberger a. a. O. u. bei Kohler a. a. O. S. 276—280.

Was ist denn auch mit dem Begriff des gemischten Vertrags gewonnen? Wenn A dem B ein Bild von Rembrandt

[1]) Vangerow, Lehrbuch der Pandekten Bd. 3 § 632 S. 427; Arndts Lehrbuch der Pandekten 13. Aufl. Abt. 2 3. Buch § 300 Anm. d.

[2]) Kritz a. a. O. S. 300; Westphal a. a. O. S. 8.

überläßt und B dafür dem A tausend und ein Bild von Tizian gibt, so ist auf den ersten Blick ersichtlich, daß hier ein Geschäft vorliegt, welches teils Kauf, teils Tausch ist. Erübrigt sich aber damit die Prüfung, welches einheitliche Grundgeschäft vom Standpunkte des römischen Rechts aus in diesem Beispiel juristisch vorliegt? Offenbar nicht, da man sich sonst vor der Unmöglichkeit befände, divergierende Grundsätze auf dasselbe Exempel zugleich anzuwenden.

Und daß es in praktischer Hinsicht gleichgültig sei, wenn die Römer in solchen Fällen die actio emti venditi Platz greifen ließen, ist auch nicht richtig; es ist doch evident, daß Justinian durch Aufnahme solcher Fragmente in das corpus iuris nicht nur das theoretische Prinzip für den Prozeß aufstellen wollte, daß sich die Kaufklagen für den Fall des Kausalzusammenhangs des Kaufvertrags mit einem gleichzeitig abgeschlossenen, als Bestandteil des Kaufs geltenden Vertrage auch auf diesen erstrecken, sondern die Tatsache, daß man die actio venditi Platz greifen läßt, gibt der Zugehörigkeit des als Bestandteil geltenden Vertrags zum Kaufvertrage Ausdruck, und daß diese keine praktischen Konsequenzen zeitigen, in keiner Beziehung rechtliche Bedeutung haben soll, ist nicht recht glaublich.

Wenn man näher zusieht, resultiert denn auch daraus zunächst die wichtige Folge, daß die Mangelhaftigkeit des Kaufvertrags die des untergeordneten Vertrags[1]) nach sich zieht. Kann man sich praktisch etwas Bedeutsameres vorstellen, als diese Abhängigkeit mit dieser Wirkung, mit der Wirkung, daß eine Aufrechterhaltung des Nebenvertrags im Falle der Mangelhaftigkeit des Kaufvertrags einen neuen beiderseitigen Konsens, also den Abschluß eines neuen Vertrages erfordert? Außerdem wird aber der Kaufvertrag, wenn bezüglich einzelner Bestimmungen des Nebenvertrags irgend welche Zweifel entstehen, zur Auslegung des Nebenvertrags benutzt werden können, kurz es ist sicher, daß das Verhältnis beider Verträge zueinander von weittragender Wichtigkeit ist.

[1]) Er sei, aber nur der Kürze halber, nicht in technischem Sinne, Nebenvertrag genannt.

§ 3.

2. Abgrenzungen eines derartigen Kaufs von den Innominatkontrakten.

Der Begriff des gemischten Vertrags ist also, wie ausgeführt, abzulehnen; das römische Recht hat die Tendenz, dem Geschäfte einen einheitlichen Grundcharakter zu geben, wenn neben dem Geldpreise andere Leistungen vereinbart sind, weil es einheitliche rechtliche Prinzipien anwenden will.

Nun läge es ja sehr nahe, die Bezeichnung, die die Parteien dem Geschäfte gegeben haben, und ihre aus dieser Bezeichnung erkennbare Absicht für die Rechtsnatur des Geschäfts ausschlaggebend sein zu lassen; denn warum sollen die Parteien nicht da, wo sie als Schöpfer auftreten, frei schalten und walten können? Man darf sich durch eine derartige Erwägung nicht beirren lassen. Das Bestechende dieser Anschauung besteht darin, daß sie die schrankenlose Souveränität des Parteiwillens proklamiert; sie muß aber zurückgewiesen werden, weil sie übersieht, daß der Name, den die Kontrahenten einem Geschäfte beilegen, dann kein sicheres Merkmal ihrer Absicht sein kann, wenn die Essentialien ihrer Verabredung eine derartige Benennung als ungeeignet erscheinen lassen.

Der Standpunkt, den sehr zahlreiche Rechtsgelehrte in dieser Frage einnehmen, kann daher nicht gebilligt werden; so sagt Wernher[1]: „Quando inter contrahentes convenit ut emtio iniretur, pro tali haberi debet, etsi res, quam praeter pecuniam ab emtore dari initio placuit, hanc supererit . . . si appareat quid partes egerint, earum voluntate standum sive res sive pecunia praevaluerit.[2])

[1]) Wernher, Selectae observationes forenses II P. 9 Obs. 60.

[2]) Er führt zur Erläuterung dieser Ansicht ein Urteil an, das hier wiedergegeben wird, weil aus dessen Tatbestande unzweideutig erhellt, daß ein Tausch vorliegt, die Entscheidung aber, mit Unrecht, wie unten begründet werden wird, das Geschäft nur wegen der Bezeichnung, die die Parteien ihm gegeben, als Kauf qualifiziert. Es hat folgenden Wortlaut: „Wenngleich in dem Kontrakt sub a Ihro fürstl. Durchlaucht Fürst Friedrich

Ebenso meint Lauterbach[1]): „Si tamen ab una parte pecunia et res promittitur, et quidem animo emtionem contrahendi sustinetur negotium tamquam emtio venditio, et res instar additamenti habetur".

Auch Molitor[2]) steht auf diesem Standpunkte, wenn er sagt: „Si la valeur d'un objet se paie partie en argent partie en d'autres prestations, soit de choses soit de faits . . . il faut rechercher comment les parties ont qualifiés le contrat. Si elles se sont servies des mots vendre, échanger ou d'autres expressions se rapportant à tel contract plutôt qu'à tel autre quelque soit le rapport entre le prix et les autres choses l'intention que les parties auront manifestée, décidera quelle est la forme du contrat."

Schließlich meint auch Windscheid[3]): „Wenn die Parteien ein Geschäft, bei welchem die Gegenleistung keine Geldleistung ist, ausdrücklich als Kauf bezeichnen, so finden immerhin die Grundsätze vom Kaufvertrage Anwendung".

Der Einwand, daß durch Ablehnung dieser Ansicht die

---

zu Anhalt Hochseeligen Andenckens denen von Legat vor die Malter Weitzen, Rocken und Gersten, auf der Göritzer Marcke gewisse Einkünfften von 8 Saltzpfannen zu Staßfurt gegeben, diesem nach es das Ansehen gewinnet, daß besagter Kontrakt in einer Permutation bestehe, ungeachtet seiner fürstl. Durchlaucht etwas Geld, nämlichen 300 Thlr. mit zu gehören in mehrer Erwegung, daß die 30 Thlr. 6 Groschen 8 Pfennige jährliche Saltzrevenüen, wenn man solche nach 6 oder 5% zu Kapital anschläget, 6 oder 500 Thlr. Kapital betragen, also denen gezahlten 300 Thl. Baargeld prävalieren, auf welchen Fall die Rechtsgelehrten nach Anleitung des l. 6 C. de pact. int. emt. et vendit. das Negotium pro permutatione halten, dennoch aber und dieweil sowohl aus dem Anfang als denen folgenden Worten des Kontrakts sattsam abzunehmen, daß die Kontrahentes einen Kauf intendieret, sich auch Käuffer und Verkäuffer genennet, in diesem Fall aber . . . den Kontrakt pro emt. vend. zu halten, wenngleich res pecunia superiret, So ist ermeldetes Negotium pro emt. vend. zu achten."

[1]) Lauterbach, Collegium Pandectarum Theoretico-Practicum, Tom. I, Lib. 18 tit. 1, 39 S. 932.

[2]) Molitor, Les obligationes en droit Romain, I S. 492 Nr. 388.

[3]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerl. Rechts bearbeitet von Th. Kipp, II § 385 S. 587.

Willensfreiheit der Parteien unterbunden wird, ist nicht stichhaltig, denn sie haben gleichwohl die Macht, durch gegenseitigen Konsens einem Geschäfte Wirkungen beizulegen, die es seinem typischen Charakter nach nicht hat, vorausgesetzt, daß ihre auf solche Wirkungen abzielende Übereinstimmung unzweideutig zum Ausdruck kommt: sie können zum Beispiel bei einer emt. vend. die Vereinbarung treffen, daß das periculum bis zur Übergabe vom Verkäufer getragen werden soll, nicht daß es, wie nach der Regel, bereits mit Abschluß des Kaufvertrags auf den Käufer übergehe.[2])

Vom Standpunkte des römischen Rechts aus spricht ein Umstand überzeugend dafür, daß die Römer in solchen Fällen, also bei Zweifelhaftigkeit der Parteiabsicht, den Kauf prävalieren lassen: sie geben den benannten Kontrakten vor den unbenannten den Vorzug, denn die a°. praescriptis verbis, die Klage aus Innominatkontrakten, deren Eigenart darin besteht, daß sie keine fertige feststehende individuelle, sondern nur eine allgemeine Klageform darstellt, die den verschiedensten Tatbeständen angepaßt wird, ist nur eine Ergänzung des Systems der Kontraktsklagen, von der die Römer bei ihrer stark formalistischen und konservativen Tendenz in prozessualen Rechtsprinzipien nur dann Gebrauch machen, wenn sich der Tatbestand durchaus nicht unter eine bereits bestehende Kategorie, eine bereits ausgebildete Schablone subsumieren läßt; sowie aber Zweifel entstehen, greifen sie lieber auf die Rechtsbehelfe aus den benannten Kontrakten zurück.

Nicht im Widerspruche hiermit steht die Behauptung, daß Labeo und Trebatius in fr. 79 D. 18. 1 die actio praescriptis verbis für competent hielten; hier konnten sie den Pachtvertrag nicht als den selbständigen, mit eigenen Klagen ausgestatteten Vertrag betrachten, sondern nur den ganzen Tatbestand in seiner Einheit für die Frage nach der Klagegewährung ausschlaggebend sein lassen. Wenn sie diesen Tatbestand als Innominatkontrakt qualifizierten, so erklärt sich dies daraus, daß sie das Ganze

[2]) Treitschke, Der Kaufkontrakt in besonderer Beziehung auf den Warenhandel nach römischem Recht und den wichtigsten neueren Gesetzgebungen, § 114.

nicht auf den bloßen Konsens, sondern auf die bereits geschehene Vorleistung abstellten (obgleich ja die Innominatkontrakte als Verträge über den wechselseitigen Austausch von Leistungen ihrer Natur nach zu Konsensualverträgen veranlagt sind).

Zu späterer Zeit scheint man leichter zu der actio praescr. verbis gegriffen zu haben, wie die l. 2 C. 4, 54 aus dem Jahre 222 zeigt, in der dem Verkäufer zur Geltendmachung eines beim Verkaufe vereinbarten Rückkaufsrechtes die Wahl zwischen der actio praesr. verb. und der actio ex vend. verheißen wird. Als Gegenbeweis kann man aber diese Stelle nicht anführen, weil bei der nur hypothetischen Entscheidung des Kaisers die Benennung zweier Klagen nicht auffällig ist.

Und weil die Römer die benannten Kontrakte vorgehen lassen, ist es unrichtig, wenn Glück[1]) sagt: für den Fall, daß neben dem Kaufpreise Leistungen anderer Art bedungen sind, entscheide in der Frage, ob Kauf oder Innominatkontrakt vorliege, bei Zweifelhaftigkeit der Parteiabsicht der Umstand, ob die Leistungen unter dem Wert des in Geld festgesetzten Preises blieben, oder ihn überstiegen. Er beruft sich auf Voet,[2]) bei dem es heißt: „Si partim pecunia partim res alia pro re detur, inspiciendum, quae fuerit contrahentium mens, emendine an permutandi: de qua si haud constet, a potiori facienda denominatio; ut si plus sit in pecunia, minus in aliarum rerum datarum pretio censeri debeat contracta venditio; contra vero, si plus sit in re data quam pecunia.“ (In Parenthese sei bemerkt, daß die älteren Rechtslehrer, auch Glück, ungenau immer von „Sachen“ sprechen, die neben dem Kaufpreise geleistet werden, während sie doch darunter auch Leistungen anderer Art, auch Handlungen, die als Nebenprästation vom Käufer übernommen werden, begreifen; von Tausch kann dann von selbst nicht mehr die Rede sein, sondern es kann nur eine andere Formel der Innominatkontrakte, etwa: do ut facies für die Frage, ob Kauf oder ein anderer Vertrag vorliege, Bedeutung haben.)

---

[1]) Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld, XVI. 1. Abt., § 977 S. 67—68.

[2]) Voet, Commentarius ad Pandectas, I § 22 S. 622.

Auch Puchta[1]) fordert, daß diese andere Sache, wenn sie mit zum Preise gehören soll, den Charakter einer bloßen Ergänzung, Aufgabe haben dürfe, so daß der Geldpreis die Hauptsache bleibe. Übersteige die Sache, die zum Preise zugelegt werde, diesen an Wert, so sei Tausch anzunehmen.[2])

Wenn sie sich zur Begründung dieser Ansicht auf fr. 79 und fr. 21 § 4 D. 19,1 berufen, so spricht das gerade gegen ihre Theorie und für die hier vertretene Meinung. Man prüfe, ob in einer dieser beiden Stellen auf das Wertverhältnis zwischen Kaufpreis und Nebenleistung in der Weise Rücksicht genommen ist, daß man den Mehrwert des einen von beiden für die Rechtsnatur des Geschäfts ausschlaggebend sein ließe, und man wird finden, daß dieser Gedanke auch nicht im mindesten in diesen fr. zu entdecken ist; vielleicht liegt dem Verkäufer mehr daran, zehn Jahre hindurch einen Pächter für eines seiner Grundstücke zu haben, als daran, das andere zu verkaufen. Vielleicht ist der Pachtvertrag, wirtschaftlich betrachtet, höher einzuschätzen als der Kaufvertrag über das Grundstück; das wird aber in den angeführten Stellen gar nicht untersucht; man läßt einfach unbekümmert um das Wertverhältnis die Kaufnatur vorwiegen: In fr. 79 mindert eben die Nebenleistung, die der Käufer übernimmt, den Kaufpreis, und ähnlich vertritt sie in fr. 21 § 4 D. 19,1 einen Teil des Kaufpreises, kann deshalb mit der Klage aus dem Kaufe eingefordert werden. Diese Erscheinung ist, wie gezeigt, darauf zurückzuführen, daß die Römer den benannten Kontrakten vor den unbenannten den Vorzug geben, eine Behauptung, die durch diese beiden fr. klar und restlos bestätigt wird. Pagenstecher, Pandektenpraktikum S. 440, 507 sagt: „Was über den Preis bedungen ist, verändert die Natur des Geschäfts als eines Kaufes selbst dann nicht, negiert die Wirksamkeit der vend. act. selbst dann nicht, wenn das Nebenbedingnis, falls es das

[1]) Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, 6. Aufl. II S. 217.

[2]) So schon Lauterbach (a. a. O. S. 932): ceterum ... denominatur negotium ex eo quod praevalet, et alterum quod superatur pro additamento habetur". Ebenso Grat und Wilda in Weiskes Rechtslexikon Bd. 6 S. 21; Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, II S. 218 Anm. E.

Hauptbedingnis wäre, die Natur des Kaufes ganz ausschließen würde.“ Er stützt diese Ansicht auf l. 6 § 1 D. 19, 1, wo neben der Zahlung des Kaufpreises vom Käufer die Verpflichtung der Ausbesserung eines Hauses übernommen und dem Verkäufer zur Geltendmachung dieser Verpflichtung die actio venditi gewährt wird.[1])

Mit der Feststellung, daß das römische Recht die Nominatkontrakte bevorzugt, ist auch die Uneinigkeit über die Frage entschieden, wofür das Geschäft anzusehen ist, wenn Geldpreis und Sache (oder Leistung) im Werte einander gleich sind; die einen nehmen in solchen Fällen Kauf an, so Wernher,[2]) indem er meint: „ceterum in dubio emtionem contrahi puto; tamquam contractum frequentiorem et iure Romano firmiorem mereque consensualem.“ Ihm folgen Thibaut und Molitor, ersterer mit dem kurzen Satze: „Doch streitet im Zweifel für den Kauf die Vermutung“:[3]) letzterer unter Angabe derselben Gründe, die Wernher anführte, mit der Bemerkung[4]): „Et si l'argent égalait la valeur des autres objects, il faudrait encore décider qu'il y a vente par le motif qu'on achète et qu'on vend plus généralement qu'on ne fait des échanges“. Carpzov[5]) erklärt das Geschäft entgegen dieser Ansicht für Tausch: „Quando vero utrumque est aequale intellegitur in dubio contractus permutationis,“ Westphal[6]) tritt dafür ein, daß man in Fällen, in denen es nur einigermaßen zweifelhaft sei, wie sich das bare Geld zu dem, was daneben geleistet werde, verhalte und zu dem Werte des Erhandelten stehe, weder Kauf noch Tausch, sondern einen andern Vertrag: do ut des, do ut des et facies oder ein pactum anzunehmen habe; er will damit der Notwendigkeit enthoben sein, einen Kauf oder Tausch zu unterstellen, wenn, wie oben, so viel an Sachen wie an Geld für einen Gegenstand gegeben worden ist.

[1]) So auch Sintenis, Das prakt. gem. Zivilrecht Bd. 2 S. 60 Anm. 37.

[2]) Wernher a. a. O. Obs. 60.

[3]) Thibaut, System des Pandektenrechts Bd. 2 § 857.

[4]) Molitor a. a. O. Nr. 388.

[5]) Carpzov, Juris-prudentia forensis Romano-Saxonica. II p. 1 const. 32 definiert 15 Nr. 7.

[6]) Westphal a. a. O. S. 8.

Im Sinne der oben entwickelten Anschauung kann es gar nicht mehr zweifelhaft sein, daß in Fällen, wo das Wertverhältnis zwischen Kaufpreis und Nebenleistung gleich oder ungewiß ist, ein Kauf anzunehmen ist; ganz abgesehen davon, daß das Argument, welches die Gegner dieser Ansicht anführen, auf der schwachen, von ihren Vertretern bereits als unrichtig bezeichneten Basis ruht, daß der Tausch der ältere von beiden Kontrakten ist; mit einem derartigen Hinweis auf die geschichtliche Entwicklung beider Verträge ist natürlich nichts bewiesen; sobald in einem Lande, das nur den Tauschhandel kennt, gemünztes Geld, will sagen Münzen als allgemein gültiges Zahlungsmittel und als allgemeiner Wertmesser eingeführt werden, verändern sich selbstverständlich auch die ökonomischen Verhältnisse in der Art, daß der Kauf als das regelmäßigere Geschäft des wirtschaftlichen Lebens in den Vordergrund tritt und den Tausch aus seiner dominierenden Stellung verdrängt; das ist ein ökonomisches Gesetz, dessen unbestrittene Gültigkeit für alle Zeiten und Völker durch die Geschichte erwiesen ist, und es liegt kein Grund vor, Rom und sein Wirtschaftsleben von diesem Gesetze auszunehmen.

Das Resultat, welches aus der Feststellung gewonnen wurde, daß die Römer die benannten Verträge jedenfalls prävalieren lassen, ist auch darum weit eher zu billigen als das oben genannte, weil die von Puchta empfohlene Methode der Abschätzung des Wertverhältnisses von Kaufpreis zu Nebenleistung (sie ist in neueren Kodifikationen gesetzlich sanktioniert worden, wie weiter unten gezeigt werden wird) doch eine sehr bedenkliche Neigung zu einer mechanischen Abgrenzung enthält und einer unbefangenen Interpretation einen Hemmschuh in den Weg legt.

Insoweit muß man deshalb Treitschke beistimmen, wenn er sich dagegen verwahrt, daß fr. 79 und fr. 21 § 4 D. 19, 1 als Beleg für die Behauptung herangezogen werden könnten, es liege Kauf vor, wenn die neben dem Gelde festgesetzte Leistung weniger als dieses, dagegen Tausch oder ein anderer Innominatkontrakt, wenn sie mehr als dieses wert sei.

In dieser Beziehung sagen die zitierten fr. in der Tat

nichts weiter, als „daß der Charakter des Kaufkontraktes nicht durch Verabredungen geändert wird, welche dahin gehen, daß der Käufer dem Verkäufer außer dem bedungenen Preise auch noch andere Vorteile gewähre".[1])

Aber wenn er bald darauf erklärt, es sei eine Ausnahme von der Regel, daß die Römer den Kontrakt ungeachtet dieser fremdartigen Beimischung für einen Kauf gelten ließen, so muß man dies aus den oben angeführten Gründen für unrichtig halten; seine Ansicht bedarf um so weniger der Widerlegung, als er es unterläßt, sie zu begründen.

Der Streit über die Grenze zwischen Kauf und Innominatkontrakt wäre sicher nicht so lebhaft entbrannt, wenn nicht die Rechtsgrundsätze, denen die beiden Institute im römischen Recht unterstellt waren, völlig divergent gewesen wären; so gering die Bedeutung dieses Unterschiedes im modernen Rechte ist, so groß ist sie im römischen Recht gewesen; es wäre sonst auch unverständlich, daß sich die Kontroverse über die Grenzen von Kauf und Tausch zwischen den Prokulianern und Sabinianern so lange erhalten hätte, als der Gegensatz der beiden Schulen zueinander überhaupt in die Erscheinung getreten ist; denn noch Gaius — er gilt als der letzte Jurist, der den Schulgegensatz vertritt — nimmt in diesem Streite Stellung. In welcher Weise er dies tut, soll nicht ausführlicher besprochen, aber wenigstens gestreift werden, weil gemäß der Ansicht des Paulus in fr. 1 § 2 D. 18. 1 in sehr vielen Lehrbüchern, z. B. auch bei Dernburg,[2]) die Meinung zu finden ist, daß die Theorie der Prokulianer durchdrang und communis opinio wurde; im Prinzip ist das anzuerkennen, nicht aber im einzelnen.

Bekanntlich behaupteten Sabinus und Cassius (fr. 1 § 1), daß ein Geschäft, selbst wenn von keiner Seite Geld gegeben wird, Kauf sein könne, denn warum solle nicht auch etwas anderes als Geld im Handel einen allgemeingültigen Wert haben können? Der berechtigte Einwand der Prokulianer gegen diese These war der, daß man dann nicht zu unterscheiden vermöge,

---

[1]) Treitschke a. a. O. § 114.

[2]) Dernburg, Pandekten II § 94 Anm. 20.

welche Sache als Kaufobjekt, welche als Preis gelten solle, wer Käufer und wer Verkäufer sei, und das sei doch notwendig, wenn man einen Kauf unterstellte.

Nun führt Gaius[1]) folgendes Argument hiergegen ins Feld: „Sed ait Caelius Sabinus: si rem a te venalem habente veluti fundum acceperim et pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem videri venisse, hominem autem pretii nomine datum esse ut fundus acciperetur.“ Natürlich denkt Gaius hier nicht an den Fall, wo nach abgeschlossenem Kaufkontrakte, also nach Bestimmung des Kaufpreises, mit Einwilligung des Gegenkontrahenten eine Hingabe an Erfüllungsstatt erfolgt (damit wäre die Prokulianische Lehre nicht getroffen worden), sondern er wirft die Frage auf, wie es denn stände, wenn man bei einem Geschäft, obwohl von vornherein von beiden Seiten die Verpflichtung auf die gegenseitige Leistung bestimmter Sachen gerichtet war, die Rolle des Verkäufers und Käufers unterscheiden könne; er räumt ein, daß dieser Unterschied in der Mehrzahl der Fälle nicht zu entdecken sei und darum das Institut des Tauschkontrakts Existenzberechtigung habe, modifiziert aber gleichzeitig die Theorie der Prokulianer, indem er erklärt, daß man ein Geschäft, wo sich ein Käufer und ein Verkäufer voneinander unterscheiden ließen, als Kauf zu betrachten hätte, mag auch die Verpflichtung beider auf Lieferungen bestimmter Sachen gehen. Mit dieser Einschränkung nur, meint Leist,[2]) dürfe man die Behauptung aufrechterhalten, die Meinung des Nerva und Prokulus sei die gemeine geworden; und wenn die Verfasser der Institutionen dieser Ansicht des Gaius die Aufnahme versagt haben, so bleibe hierfür nur die Erklärung übrig, daß sie sie nicht verstanden haben, denn bewußt sperre man einer derart wichtigen Modifikation nicht Tür und Tor zu.

Wahrscheinlicher ist aber, daß die Aufnahme wegen der Seltenheit der Fälle, auf die die Ansicht des Gaius anwendbar ist, unterblieb.

---

[1]) Gaius a. a. O. III § 141 a. E.

[2]) Leist, Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß von Linden, Marezoll und Schröter, XVII, X: Über die Natur gewisser doppelseitiger Verträge, als Erklärung des fr. 69 D. pro socio.

III. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 4.

Die Bedeutung der Frage nach heutigem Rechte.

Es bedarf keiner näheren Begründung, daß die Frage, die den Gegenstand dieser Untersuchung bildet, im corpus iuris civilis ausführlich behandelt, im Bürgerlichen Gesetzbuche aber nicht erwähnt ist. Denn die Entscheidung dieser Frage, ob man nämlich ein einheitliches Geschäft mit kombiniertem Leistungsinhalt oder mehrere selbständige Verträge in einem gegebenen Tatbestande als vorliegend ansehen muß, und ob man ein besonderes Vertragsgebilde oder einen der gesetzlich fixierten Vertragstypen anzunehmen hat, wird man vom Standpunkte des modernen Rechts ohne weiteres ins Gebiet der Wissenschaft und Praxis verweisen, also den Grund, daß sie im corpus iuris, nicht aber im Bürgerlichen Gesetzbuch erledigt ist, darin finden, daß Justinian kein Gesetzbuch im modernen Sinne geben wollte und daß die Kasuistik bei ihrer großen Bewegungsfreiheit Wissenschaft und Praxis im Gesetzbuch behandeln konnte, das abstrakte Gesetzbuch in seiner äußeren Fassung keines von beiden enthält.

Man wird aber geneigt sein, auch folgende Erklärung für berechtigt zu halten: Die Frage hat im Bürgerlichen Gesetzbuch deshalb keine Erledigung gefunden, weil sie nur für das römische Rechtsleben Bedeutung und Interesse hatte. Dort zwang das geschlossene Vertragssystem zur scharfen Charakterisierung des Geschäfts und Abgrenzung von den anderen Vertragsarten, dort mußte im Prozeß bei Gefahr einer Abweisung die Klage nominatim angeführt werden und dort drohte die Gefahr prozessualer Konsumtion.

Nichts von alledem ist heute mehr zu finden; man steht auf dem Standpunkt völliger Vertragsfreiheit, kann einer Klage ohne rechtlich nachteilige Folgen einen anderen Namen als den geben, den sie wirklich führt, und hat den zweiseitigen Akt der Litiskontestation mit seiner eigenartigen, den Anspruch verwandelnden und aufbrauchenden Wirkung, durch den einseitigen Akt der Klageerhebung, der eine derartige Wirkung nicht kennt, ersetzt.

Und doch ist die Frage: Vertragseinheit oder Mehrheit? auch heute von Bedeutung.

Und zwar zunächst infolge der heute geltenden prozeßrechtlichen Normen, die zwar, wie erwähnt, von der strengen Eigenart der römischen Prozeßregeln weit entfernt sind, jedoch immerhin Besonderheiten aufweisen, die auf die Beurteilung der hier behandelten Frage entscheidenden Einfluß ausüben.

Man vergegenwärtige sich, in welcher Weise ein Klageanspruch begründet werden muß, um als fundiert zu gelten. Der Streit darüber, was als Grund des erhobenen Anspruchs in der Klageschrift angeführt werden muß, interessiert hier nicht weiter. Denn mag man auf dem Standpunkte der Individualisierungstheorie oder der Substanziierungstheorie stehen, jedenfalls ist der Klagegrund aus dem gerade vorliegenden Vertragsverhältnisse herzuleiten; bei Annahme einer Vertragseinheit mit zusammengesetztem Inhalte wird also die Erfüllung der Verbindlichkeiten aus den Bestandteilsverträgen mit der Klage aus dem Hauptvertrage geltend gemacht werden können, während beim Vorliegen einer Vertragsmehrheit gemäß der Selbständigkeit der einzelnen Verträge die Klagen aus dem einen sich nicht auf den anderen erstrecken.

Ferner denke man an die Voraussetzungen, unter denen eine Klageänderung zulässig ist. § 268 ZPO. sagt: „Als eine Änderung der Klage ist es nicht anzusehen, wenn ohne Änderung des Klagegrundes . . . der Klageantrag in der Hauptsache oder in bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beschränkt wird.“ Ob man in einem Tatbestande zwei unabhängige Verträge unterstellt oder den einen als Bestandteil des andern ansieht, ist demnach insofern wichtig, als man im ersten

Falle in einem wegen des einen Vertrags anhängigen Rechtsstreite Ansprüche, die aus dem anderen Vertrage resultieren, nicht geltend machen kann, weil dann eine Klageänderung vorläge, während im letzten Falle nur eine Klageerweiterung vorliegt, die den Antragsteller nicht in die Gefahr bringt, abgewiesen zu werden. Ebenso kann in diesem Falle bei dem Gerichte, bei dem die Klage aus dem Hauptvertrage anhängig ist, Widerklage aus dem Bestandteilsvertrage erhoben werden, da ja der nach § 33 ZPO. erforderliche rechtliche Zusammenhang vorhanden ist, während dies erstenfalls nicht gilt.

Und schließlich ist, da nach § 322 ZPO. Urteile der Rechtskraft insoweit fähig sind, als über den durch die Klage oder die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist, die Frage nach dem Vorliegen von Vertragseinheit oder Vertragsmehrheit deshalb wichtig, weil ihre Beantwortung in dem einen oder anderen Sinne für das ausschlaggebend ist, was materiell in Rechtskraft übergeht, also den Umfang des Ausschlusses eines späteren Widerspruches gegen den Inhalt des Urteils bestimmt.

Soweit die prozessuale Seite der Frage. Aber auch materiell ergeben sich wichtige Konsequenzen aus der Charakterisierung eines Tatbestandes als Vertragseinheit oder Vertragsmehrheit.

§ 139 BGB. bestimmt: „Ist ein Teil eines Rechtsgeschäftes nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.“ Nimmt man eine Vertragsmehrheit in einem Tatbestande an, faßt man also den einen Vertrag nicht als Bestandteil des andern auf, so hat die Nichtigkeit des einen nicht notwendig die des anderen zur Folge: man sieht: eine fundamentale Bedeutung.

Und es sei hier schon darauf hingewiesen, daß auch für das moderne Recht die Charakterisierung des Geschäfts als Vertragseinheit vor der Zerlegung des Ganzen in einzelne verschiedene Verträge prävalieren muß, weil die Subsumtion unter einen rechtlichen Gesichtspunkt, der Parteiabsicht, dem Parteizwecke in höherer Weise gerecht wird. Oder soll man davon absehen, daß die erhoffte Entstehung des einen Vertrags, des „Nebenvertrags“, den Beweggrund für die Eingehung des

anderen, des Hauptvertrages, gebildet hat, soll man außer Betracht lassen, daß die von dem einen der beiden Kontrahenten übernommene Verpflichtung zur Erfüllung des Nebenvertrags die Bestimmung der Modalitäten des Hauptvertrages beeinflußt hat? Das kann man füglich nicht, wenn man nicht dem Parteiwillen auf dem Gebiete des Obligationenrechts überhaupt Betätigungsmöglichkeiten absprechen will. Selbstverständlich ist ihm auch hier eine Grenze gezogen, die er nicht überschreiten darf; die rechtliche Grundlage, die eine Qualifikation des Geschäfts als Vertragseinheit ermöglicht, muß gegeben sein; Regelsberger[1]) führt hier zum Vergleich an, daß sich das Verhältnis des Parteiwillens zum rechtlichen Erfolge wie bei Begründung der sachenrechtlichen Zubehöreigenschaft gestaltet; eine Sache wird nicht Zubehör, wenn nicht ein Willensakt in irgend einer Weise sie dazu erklärt, aber ein Grundstück für Zubehör eines andern zu erklären, ist nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches gleichwohl unmöglich, denn § 97 BGB. verlangt für die Zubehöreigenschaft einer Sache, daß sie beweglich sei.

Das aber ist jedenfalls sicher: Ist einmal die rechtliche Grundlage für die Annahme einer Vertragseinheit gegeben, so spricht die Festsetzung eines besonderen Entgeltes für jede Verpflichtung nicht gegen das Dasein einer Vertragseinheit, ebensowenig wie die Festsetzung eines einheitlichen Entgeltes gegen das Dasein einer Vertragsmehrheit spricht.[2])

Die Bedeutung der Charakterisierung eines Geschäfts als Vertragseinheit zeigt sich ferner darin, daß umgekehrt die Nichtigkeit des Hauptvertrags die des Nebenvertrags zur Folge hat, und daß der Hauptvertrag zur Auslegung des Nebenvertrags dienen kann.[3])

Und für die Form des Vertragsschlusses ergibt sich aus der Bestandteilsnatur des Nebenvertrages eine bedeutsame Konsequenz: Der Bestandsvertrag unterliegt, was die Form seines

[1]) Regelsberger a. a. O. S. 465.

[2]) vgl. in dieser Hinsicht Entsch. d. RG. in Strafs. Bd. 20 S. 417; Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 38 Nr. 20 S. 67.

[3]) Nebenvertrag immer in dem S. 17 genannten Sinne gebraucht.

Abschlusses betrifft, denselben Bedingungen wie der Hauptvertrag. Das kann und wird ja in vielen Fällen wegen der im Bürgerlichen Gesetzbuch grundsätzlich geltenden Formfreiheit belanglos sein, in Fällen aber, wo das Bürgerliche Gesetzbuch in seinen Formvorschriften strenger ist, große Bedeutung haben. Man erinnere sich z. B. an die Vorschriften über die Grundstücksveräußerungsverträge.

Nach § 313 Satz 1 BGB. bedarf der Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung; „unter diesem Formzwange steht nicht etwa bloß der einzelne, auf Eigentumsübertragung gerichtete Bestandteil des Vertrags, sondern der Vertrag, d. h. alle Vereinbarungen, aus welchen sich nach dem Willen der Beteiligten der obligatorische Veräußerungsvertrag zusammensetzen soll".[1])

Das Reichsgericht fährt weiter fort: „Sind in dem Vertrage noch andere Vereinbarungen getroffen, welche mit dem Veräußerungsgeschäfte nicht in innerem Zusammenhange stehen, welche also nicht die Eigentumsübertragungspflicht und die Gegenleistungen des anderen Teils unmittelbar betreffen, so sind diese Vereinbarungen nicht Bestandteile des auf die Eigentumsübertragung gerichteten Veräußerungsgeschäftes und stehen daher nicht unter der Regel des § 313 Satz 1."

Für Nebenverträge in dem angeführten Sinne gilt dies deshalb nicht, weil sie, wie gezeigt, um Nebenverträge zu sein, innerlich, kausal mit dem Hauptvertrage zusammenhängen müssen. Die Tatsache, daß der eine Vertrag Bestandteil des andern Vertrags ist, hat also seine Aufnahme in die Urkunde des Veräußerungsvertrags und damit für seinen Abschluß die gesteigerte Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung zur Folge, obwohl der Bestandteilsvertrag unabhängig von dieser Zugehörigkeit vielleicht nur der einfachen Schriftform unterliegt oder überhaupt formfrei ist. Zur Illustrierung der praktischen Bedeutsamkeit unserer Frage kann auch auf die Entsch. d. RG. Bd. 59 S. 132 u. Bd. 60 S. 225 verwiesen werden, in denen es

[1]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 51 S. 180.

sich darum handelt, ob Pachtverträge mit Vorkaufsrecht wegen dieses letzteren der Form des § 313 unterliegen. Näheres Eingehen erübrigt sich, da das Reichsgericht schließlich aus der Natur des Vorkaufsrechtes seine Entscheidung trifft.

Und als Bestandteil muß der Nebenvertrag seinem Inhalte nach erschöpfend im Vertragsinstrumente niedergeschrieben sein, weil zum Zustandekommen eines Kaufvertrags auch Einverständnis über Art und Maß der Nebenleistungen erforderlich ist, und zur Gültigkeit eines schriftlichen Kaufvertrags über ein Grundstück erforderlich ist, daß alle Gegenverpflichtungen des Käufers, die das Äquivalent für den Verkauf des Grundstücks ausmachen, in richtiger vollständiger und hinreichender Bestimmung formgerechten Ausdruck gefunden haben.[1] [2])

---

[1]) s. Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 2 § 135.

[2]) So entschied das Obertribunal richtig (s. Striethorst Bd. 43 S. 10; Gruchot Bd. 7 S. 47 Nr. 4), daß ein notarieller Kaufvertrag über ein Grundstück, in welchem der Käufer sich verpflichtet hat, das Grundstück dem Verkäufer wieder in Pacht zu geben, als ungültig angefochten werden kann, wenn darin die Dauer der Pachtzeit und der Betrag des Pachtzinses nicht angegeben sind. Denn die Gewährung des Pachtrechtes bildet mit dem Kaufgelde zusammen das Äquivalent für die Abtretung des Eigentums des Grundstücks, und da der Kaufvertrag in seiner Einheit als schriftlicher Vertrag bestehen soll, muß das ganze Äquivalent der Vereinbarung entsprechend präzisiert und schriftlich fixiert werden. Diese Präzision fehlte in dem Falle, der dem Obertribunal vorlag, weil Pachtzins und Zeit nicht festgesetzt worden waren; der notarielle Kaufvertrag konnte darum nicht zu Recht bestehen. — Die Entscheidung ist, dem Ausgeführten nach mit Unrecht, in Gruchot Bd. 7 (siehe oben) angefochten, und zwar mit der Motivierung, daß die festbestimmte Geldsumme und die Gewährung des Pachtrechts nicht als etwas Unzertrennbares, als Äquivalent von den Parteien gedacht seien, sondern daß der Kauf nach Ansicht der Parteien bereits perfekt war und alle Essentialien enthielt, da man nach dem Parteiwillen Kaufpreis und Pachtrecht nicht als gleichwertig behandeln durfte. — Es sei eingeräumt, daß es in erster Linie immer Tatfrage, Sache der Auslegung ist, was die Parteien als Äquivalent für den Kaufgegenstand zu betrachten wünschen (so Matthiaß, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 § 104), bestritten muß aber werden, daß in dem erwähnten Falle die Annahme begründet ist, die Parteien wollten die Gewährung des Pachtrechts nicht als eine neben der Leistung des Geldpreises vom Käufer übernommene und mit dieser unzertrennbar verbundene Verpflichtung angesehen wissen, denn auch in diesem Falle hat die Übernahme der Verpflichtung auf die Höhe des Geldpreises Einfluß ausgeübt,

Für die Wichtigkeit einer Unterscheidung zwischen Vertragseinheit und Vertragsmehrheit spricht weiter der Umstand, daß Vorrechte, welcher Art sie auch sein mögen, nur bei ganz bestimmten Vertragstypen gegeben sind.

Gesetzliche Pfandrechte z. B. — um ein Exempel für zivile Vorrechte anzuführen — sind nur in ganz beschränktem Maße im Bürgerlichen Gesetzbuche zugelassen, und es ist demnach von großer Bedeutung, wie man den jeweilig gegebenen Tatbestand qualifiziert.

§ 233 BGB., der das Pfandrecht des zur Sicherheitsleistung Berechtigten an den hinterlegten Geldern oder Wertpapieren oder an der Forderung auf Rückerstattung behandelt, wird ja in der erwähnten Beziehung kaum Anlaß zu Zweifeln geben; denn die Fälle, in denen jemand zur Sicherheitsleistung in der angegebenen Weise berechtigt ist, müssen prägnant sein und eindeutig liegen.

Anders verhält es sich mit dem Pfandrechte des Vermieters eines Grundstücks für seine Forderungen aus dem Mietvertrage an den eingebrachten Sachen des Mieters (§ 559 BGB.). Der Mietvertrag wird neben dem Kaufvertrage am häufigsten mit anderen Verträgen kombiniert, und Ungewißheit über den einheitlichen Grundcharakter eines zusammengesetzten Vertrages dieser Art gehört nicht zu den Seltenheiten. Man erinnere sich nur an die bestrittene rechtliche Natur des Verhältnisses, in dem der Hausverwalter (Portier) zum Grundstückseigentümer des von ihm verwalteten Hauses steht. Hat man hier einen Mietvertrag, hat man einen Dienstvertrag, hat man eine Kombination beider miteinander anzunehmen? Die Beantwortung der Frage in dem einen oder anderen Sinne ist für die Möglichkeit einer Anwendung des § 559 BGB. entscheidend. (Andere Beispiele dieser Art folgen weiter unten.) Ein in der Praxis häufig vorkommender Fall ist der, daß die Sache, die dem Vermieter kraft Gesetzes haftet, von einem Dritten gepfändet wird

stellt also in gewissem Sinne partem pretii dar, war dadurch in causale Beziehung zum Kaufvertrage gesetzt und erschien als Bestandteil eines einheitlichen Kaufgeschäfts.

Dann geht, wie schon oben erwähnt, das Pfandrecht des Vermieters vor, soweit nicht die Bestimmung des § 563 BGB. Platz greift, wonach der Vermieter sein gesetzliches Pfandrecht einem Gläubiger gegenüber, für den die belastete Sache gepfändet wird, nicht wegen des Mietzinses für eine frühere Zeit als das letzte Jahr vor der Pfändung geltend machen kann, weil der Pfandgläubiger bei Pfändung einer bestimmten Sache des Mieters der Klage des Vermieters aus § 805 ZPO. den Einwand wird entgegensetzen können, daß die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermieters offenbar ausreichen (§ 560 BGB.). Häufige Zweifel in der angeführten Richtung werden auch bei den übrigen Tatbeständen (§§ 585, 590, 647, 704 BGB.) entstehen, aus denen sich gesetzliche Pfandrechte ergeben. Wie oft wird es zweifelhaft sein (die Erfahrung lehrt's täglich), ob man einen Werkvertrag zu unterstellen, ob man einen Gastaufnahmevertrag anzunehmen hat!

Auch hier, beim Gastaufnahmevertrag, gilt für die Rangordnung des Pfandrechts, das der Gastwirt an den eingebrachten Sachen des Gastes hat, dasselbe wie beim Pfandrecht des Vermieters.

Vorrechte anderer Art sind die Konkursvorrechte. Auch sie sind nur in ganz bestimmten Fällen gegeben. Um privilegia exigendi gewähren zu können, muß man sich also über den rechtlichen Charakter der Verträge, die diesen Privilegien zugrundeliegen, einig sein. Nur der Gesindelohn — er begreift die Vergütung für Dienste von Personen, die im Hausstande, Wirtschaftsbetriebe und Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners ständig tätig sind — hat das Vorrecht bevorzugter Befriedigung, und zwar nur, soweit er in dem der Konkurseröffnung vorausgehenden Jahre rückständig ist. Die Qualifikation eines Vertrags als Gesindedienstvertrags oder als eines rechtlichen Verhältnisses anderer Art wird demnach auch hier eine Rolle spielen; denn lehnt man es ab, eine bestimmte rechtliche Beziehung einer Person zu einer anderen als Gesindedienstvertrag zu betrachten, so entfällt auch die Notwendigkeit, den Forderungen dieser Person gegen die andere im Konkurse der letzteren Privilegien zu geben. In gleicher Weise spricht die Qualifikation eines Vertrags in einer bestimmten, eindeutigen Richtung bei den vier

anderen Fällen mit, in denen Befriedigungsvorrechte eingeräumt werden (§ 61 KO. Nr. 2, 3, 4, 5).

Einige konkrete Tatbestände mögen die praktische Wichtigkeit der Unterscheidung zwischen Vertragseinheit und Mehrheit erläutern. Im Anschluß an das oben Besprochene sei zunächst ein Fall aus dem Konkursrechte angeführt.

Bd. 33 der Entsch. d. RG. S. 47 enthält folgenden Fall: Kaufmann H hatte mehrere Räume zur Aufstellung von mechanischen Webstühlen im Hause des Beklagten gemietet, und dieser sich zur Lieferung der Dampfkraft für 124 Stück Webstühle verpflichtet. Die Vergütung war für beide Leistungen getrennt festgesetzt worden, und zwar war die Vergütung für Lieferung der Dampfkraft höher als die für die mietweise Überlassung der Räume. Kaufmann H fiel in Konkurs, bevor die Vertragszeit abgelaufen war; die Konkurseröffnung hat aber für Ansprüche aus Mietverträgen (KO. § 19, 21) andere Folgen als für Ansprüche aus sonstigen Verträgen (KO. § 17). Als Sachmiete läßt sich der Vertrag über die Lieferung der Dampfkraft nicht qualifizieren; folglich fällt er unter die Kategorie der sonstigen gegenseitigen Verträge; das Urteil fällt demgemäß verschieden aus, je nachdem man das Geschäft als Vertragseinheit, und zwar als Mietvertrag betrachtet, oder zwei selbständige Verträge annimmt. Das Reichsgericht entschied für die Unterstellung des ganzen Geschäfts unter die Regeln des Mietvertrags. Es führt aus: „Die rechtliche Natur des abgeschlossenen Vertrages erregt zwar insofern Zweifel, als im § 1 eine Sachmiete, in § 2 eine Dienstmiete oder ein unbenannter Vertrag vereinbart ist. Trotz der getrennten Festsetzungen der Gegenleistungen ist jedoch ein einheitlicher Mietvertrag, und zwar eine Sachmiete anzunehmen, um so mehr als die in § 2 vereinbarte Lieferung der Dampfkraft ohne die Sachmiete des § 1 nicht bestehen kann, daher trotz des höheren Wertes als Nebenleistung zur Gewährung des Gebrauchs der Sachen erscheint.“ [1])

Ein ähnlicher Fall wird in Bd. 37 S. 91/92 besprochen Mittels desselben Vertrages waren Fabrikräume vermietet und

[1]) Entsch. d. RG. Bd. 33 S. 47.

die Anschaffung einer Dampfmaschine nebst Transmissionen und Lieferung der zum Fabrikbetriebe des Mieters erforderlichen Dampfkraft von dem Vermieter übernommen. Der Vermieter beanspruchte für die Vergütung für Lieferung der Dampfkraft das Absonderungsrecht des § 41 Ziff. 4 KO. Das Reichsgericht wies die Revision zurück, indem es ausführte, daß die Frage, ob die beiden Vereinbarungen dergestalt zusammenfielen, daß die eine nur als Nebenbestandteil der anderen anzusehen sei, oder ob sie nur äußerlich zusammengehörten, eine Frage der nicht anfechtbaren Auslegung sei. Ferner die dort zitierten Entscheidungen:

Gruchot Bd. 26 S. 996; Seufferts Arch. Bd. 42 Nr. 180 S. 254; Bd. 44 S. 383; RG. Bd. 38 S. 67 ff.; der Standpunkt beider Reichsgerichtsentscheidungen kann aus oben angeführten Gründen nicht geteilt werden.

Weitere Beispiele finden sich auch bei Regelsberger a. a. O. S. 457—58, der darauf hinweist, daß die Bedeutung der Frage über das Privatrecht hinausreicht und sich bis ins öffentliche Recht erstreckt (ins Strafrecht: Entsch. Bd. 20 S. 417; ins Verwaltungsrecht: Entsch. Bd. 48 S. 348, Bd. 57 S. 264.

Die Vergegenwärtigung der im § 266 BGB. ausgesprochenen Norm macht ebenfalls die Bedeutung des Unterschiedes zwischen Vertragseinheit und Vertragsmehrheit klar. § 266 lautet: „Der Schuldner ist zu Teilleistungen nicht berechtigt.“ Von den wenigen Ausnahmen abgesehen, die diese Regel zuläßt (z. B. bei der Aufrechnung in einem ganz bestimmten Falle (§ 389 BGB.), beim Teilurteile (§ 301 ZPO.), bei Wechselschulden (WO. Art. 38, 98), im Konkurse bei Abschlagszahlungen (KO. § 149), gilt danach das Prinzip der Einheit und Ungeteiltheit der Erfüllung. Es ist evident, wie wichtig es für die Art, in welcher eine Leistung zu erfolgen hat, ist, ob man ein Geschäft als ein Ganzes betrachtet oder es in verschiedene Verträge auseinanderfallen läßt. Denn nimmt man nur einen Vertrag als vorliegend an, so ist der Schuldner, auch wenn die ihm obliegende Leistung an sich teilbar ist, zu Teilleistungen nicht berechtigt, setzt also den Gläubiger, der die Annahme einer Teilleistung verweigert, nicht in Annahmeverzug, während für den Fall, daß man zwei

Verträge unterstellt, völlig andere Regeln für die Erfüllungsart Geltung gewinnen. Die Entscheidung der Frage hängt auch hier, von der praktischen Seite betrachtet, davon ab, wie man den konkreten Tatbestand interpretiert. Man wird in Zweifelsfällen auf die Umstände zurückgehen, die beim Vertragsschlusse vorlagen, gegebenenfalls auch auf die Beweggründe, die zum Vertragsschlusse führten, natürlich nur soweit sie erkennbar sind. Jedenfalls sei noch einmal (s. S. 30) hervorgehoben, daß beim Kaufe die Einheit des Preises nicht für die Einheit der Obligation entscheidet (bis zu welcher Grenze es nach modernem Rechte möglich ist, ein Geschäft mit zusammengesetztem Leistungsinhalt als Kauf zu behandeln, wird im folgenden Paragraphen ausführlicher besprochen werden). Vgl. hierzu ROHG. Entsch. Bd. 13 S. 104, wo der Verkauf von 125 Oxhoft Kartoffelspiritus für 31 Taler à 14400 Quart lieferbar in fünf Monatsraten von Januar bis Mai als ein Geschäft angesehen wird.

Die Frage, ob ein Geschäft oder mehrere verbundene Geschäfte vorliegen, macht sich auch beim Antrag geltend. Der Antrag muß, um hinreichend bestimmt und annahmefähig zu sein, die Essentialien des beabsichtigten Vertrags in einer Weise enthalten, daß der Antragsempfänger durch seine Zustimmung einen gültigen Vertrag zustande bringen kann. Wenn daher ein Vertrag kraft Gesetzes an eine Form gebunden ist, muß auch der bindende Antrag zu einem solchen Vertrage die gleiche Form haben (§ 313 [s. oben]). Es ist also nötig, sich für eine bestimmte Charakterisierung des Geschäfts zu entscheiden, um zu wissen, ob der Antrag in der gegebenen Form gültig ist oder nicht. Oder es bestellt jemand z. B. in demselben Briefe Kaffee und Tabak in bestimmten Quantitäten. Quaeritur: Kommt durch Annahme des Antrags bezüglich eines Gegenstandes hinsichtlich dieses ein perfektes Geschäft zustande oder fällt mit der Ablehnung des einen notwendig auch der andere (ROHG. Entsch. Bd. 16 S. 155).?[1])

Ferner wird die Frage beim Zurückbehaltungsrechte bedeutungsvoll; denn nur wenn der Schuldner aus demselben recht-

[1]) Dernburg, Preuß. PrivR. § 24 Anm. 4.

lichen Verhältnisse, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat, kann er die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (§ 273 BGB.). „Aus demselben rechtlichen Verhältnis“: man sieht, wie auch hier die Frage in gleicher Weise zur Lösung drängt. Man denke ferner an die Verjährung, die ja von ganz verschiedener Dauer für die einzelnen Ansprüche ist, an das große Gebiet der Zwangsvollstreckung usw.

Wie schon erwähnt, ist ein Hauptfall die Verbindung anderer Leistungen mit der Preiszahlung beim Kauf. Die Frage nach der Möglichkeit einer solchen Verbindung soll deshalb noch besonders im folgenden erörtert werden.

§ 5.

Insbesondere die Verbindung von Nebenleistungen mit dem Preise beim Kauf.

Schon im römischen Rechte war, wie gezeigt, Einigkeit darüber, daß der Kaufpreis nicht nur in barem Gelde bestehen brauche, sondern neben ihm und in Anrechnung auf ihn andere Leistungen vereinbart werden können, ohne daß die Natur des Kaufgeschäftes sich ändert.

Ist diese Regel im Bürgerlichen Gesetzbuch zu finden? Daß sie praktische Bedeutung hat, ist auf den ersten Blick ersichtlich; und daß sie auch in modernen Gesetzbüchern Raum gefunden hat, lehrt ein Blick in neuere Kodifikationen.

So findet sich im bayer. Landrecht (Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis) Teil 4 Kap. 3 § 5 die Bestimmung: „Wird teils bares Geld, teils eine andere Sache bedungen, so ist zu unterscheiden, ob das bare Geld unter oder über den wahren Wert der Sache oder demselben gleich sey; erstenfalls wird der Handel für keinen Kauf mehr gehalten, wohl aber zweyten und letzten falls . . .“ Ebenso heißt es in § 1005 des österr. BGB.: „Wird eine Sache theils gegen Geld, theils gegen eine andere Sache veräußert, so wird der Vertrag, je nachdem der Werth am Gelde mehr oder weniger als der gemeine Werth der gegebenen Sache

beträgt, zum Kaufe oder Tausche und bei gleichem Werth der Sache zum Kaufe gerechnet."

Genauer und nicht mehr bloß das Verhältnis des Kaufes zum Tausche, sondern auch zu anderen Innominatkontrakten und ähnlichen Verträgen berührend, spricht das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen statt von Sachen von Leistungen, die neben dem Geldpreise übernommen werden, indem es im § 1086 bestimmt: „ . . . sind außer Geld noch Leistungen anderer Art versprochen, so ist der Vertrag ein Kauf, wenn der größere Wert in der Geldleistung enthalten, oder der Wert beider Leistungen gleich ist."

Wesentlich knapper im Ausdruck als diese jüngere Kodifikation ist das fast um 70 Jahre zurückliegende preuß. Landrecht; das verlangt in § 46 Teil 1 Titel 11 nur: „Der Kaufpreis muß in einer bestimmten Summe Geldes bestehen"; ob dem in Geld festzusetzenden Kaufpreise noch eine Leistung des Käufers als Nebenprästation hinzugefügt werden könne, die dann zusammen mit der Geldsumme das certum pretium bildet, wird nicht berührt.[1])

Und in das Bürgerliche Gesetzbuch vollends ist nicht einmal die Definition, daß der Kaufpreis in Geld bestehen müsse, aufgenommen, geschweige denn die diese Definition einschränkenden oder, besser gesagt, die sie ergänzenden Modifikationen. § 433 Abs. 2 begnügt sich damit, festzusetzen: „Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen"; über die Beschaffenheit

[1]) Das Obertribunal entschied jedenfalls im Hinblick auf § 46 mit Recht, daß ein Rechtsgeschäft, durch welches die Holzlese dem Berechtigten gegen eine jährliche Körnerabgabe und eine jährliche Geldzahlung eingeräumt ist, nicht die Natur des Kaufes habe. „Denn der Kauf ist dasjenige Rechtsgeschäft, durch welches der eine Kontrahent zur Abtretung des Eigentums einer Sache und der andere zur Erlegung einer bestimmten Summe Geldes sich verpflichtet, und ein in Geld bestehender bestimmter Kaufpreis ist ein wesentliches Moment des Kaufgeschäfts. Die Stellen, welche hiergegen von dem Imploraten angeführt werden (l. 79 D. 18, 1; l. 6 § 1—2) enthalten keineswegs etwas dem Entgegenstehendes, . . . betreffen nur Fälle, in denen der Käufer außer zur Zahlung eines Kaufpreises auch noch zu anderen Leistungen sich verpflichtet hat . . ." Striethorst, Arch. Bd. 45 S. 181.

des Kaufpreises aber ist nichts bestimmt, wenigstens nicht Ausdrückliches.

Jedoch die Entstehungsgeschichte der im Bürgerlichen Gesetzbuche über den Kauf gegebenen Vorschriften beweist, daß eine Definition des Kaufpreises ursprünglich im Gesetze Raum gefunden hatte. Der Entw. 1 des BGB. enthielt nämlich hinter der oben erwähnten Festsetzung der Pflichten des Käufers die in § 459 erfolgte, in § 460 folgende Bestimmung: „Der Kaufpreis muß in Geld bestehen; neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise können Leistungen anderer Art bedungen, auch kann vereinbart werden, daß solche Leistungen zu einem bestimmten Geldanschlage an die Stelle des Kaufpreises treten sollen.“ Offenbar hatte die Anlehnung an den Dresdener Entwurf (Art. 423) (s. unten) die Aufnahme dieser Bestimmung als notwendig erscheinen lassen und herbeigeführt; die Definition hatte aber vor Art. 423, auch vor den anderen erwähnten Normen, den Vorzug, nicht zu erwähnen, daß der Vertrag nur dann als Kauf gelten dürfe, wenn die anderen Leistungen an Wert unter der Geldleistung ständen oder sie an Wert höchstens erreichten; denn durch diese Abgrenzung, die, wie schon erwähnt, sehr zur mechanischen Beurteilung neigt und eine freiere Auslegung einengt, wird auf das richterliche Ermessen ohne Zweifel ein starker Druck ausgeübt und gesetzlich fixiert, was eigentlich Gegenstand der Interpretation sein soll: die Unterscheidung zwischen Kauf- und Innominatkontrakt.

Die Mangelhaftigkeit der Definition, wie sie § 460 Entw. 1 (ebenso § 46 ALR.) gab, liegt auf der Hand. Sprachlich ist an ihr zu rügen, daß sie in imperativer Fassung auftritt; eine Definition soll die Angabe der wesentlichen Merkmale eines Begriffs enthalten, wodurch dieser seinem Inhalte nach bestimmt und von anderen Begriffen abgegrenzt wird, soll aber nicht im Widerspruch mit dieser Forderung und ihrer Natur als Begriffsbestimmung sich in befehlende Form kleiden.

Sodann ist, wie Bernhöft[1]) richtig bemerkt hat, in den

[1]) Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entw. eines BGB. f. d Deutsche Reich bei Bekker und Fischer, Beiträge XII. Heft S. 45—55.

Fällen, wo Zweifel entstehen können, ob man noch einen Kauf zu unterstellen habe, § 460 wegen der Zweideutigkeit des Wortes „neben" unbrauchbar; ebenso nämlich, wie man danach annehmen kann, ein Geschäft müsse immer dann als Kauf angesehen werden, wenn die Gegenleistung sich aus Geld und anderen Leistungen zusammensetze, rechtfertigt die Stellung und Bedeutung des Wortes „neben" die einschränkende Vermutung, daß in solchen Fällen der Charakter des Geschäftes als eines Kaufes nur dann keinen Schaden leide, wenn die neben dem Gelde ausbedungenen Leistungen sich als Nebenleistungen darstellen.

Schon bei der Beratung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes war die sprachliche Fassung dieser Vorschrift Gegenstand der Debatte, und Art. 406 des Dresdener Entwurfs, der lautete: „Der Kaufpreis muß in Geld bestimmt werden, jedoch sind Nebenleistungen anderer Art nicht ausgeschlossen", wurde auf Antrag eines Abgeordneten dahin geändert, daß das Wort Nebenleistungen durch den Ausdruck „Leistungen anderer Art daneben" ersetzt wurde, weil man die außer dem in Geld bestehenden Preise etwa verabredeten Leistungen nicht Nebenleistungen nennen wollte. Aber auch in dieser Form bleibt der oben angedeutete Zweifel bestehen.

Vom Standpunkte des römischen Rechts ist behauptet worden, daß das Wertverhältnis, in welchem Geldpreis und Leistung zueinander ständen, die Kaufnatur nicht beeinflusse; für das Bürgerliche Gesetzbuch gilt das Gleiche: ein Geldpreis ist dem Kaufe wesentlich;[1]) was neben ihn tritt, ist in diesem Sinne Nebenleistung; damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß diese einen höheren Wert als der Geldpreis darstellt (RGE. Bd. 33 S. 47 s. oben).

Der spezielle Teil mit Begründung zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches (Vorlage des Redaktors)[2]) ließ diesen Gesichtspunkt allerdings außer Betracht, zählte nur exempli-

[1]) Cosack, Lehrb. d. deutsch. bürgerl. R., Bd. 1 Die allgem. Lehren u. das Recht der Forderungen S. 415; Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 S. 13.

[2]) 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, II Spezieller Teil mit Begründung Abschn. 2 Titel 1 I, 1 § 2 S. 54.

zierend Verpflichtungen auf, die zum Geldpreise hinzutreten können, wie die zur Einräumung eines Wohnungsrechts, zur Lieferung von Naturalien, Gewährung eines Pachtrechts, eines Altenteils, und meinte, daß das Geschäft auch dann Kauf bliebe, wenn diese Leistungen von den Kontrahenten nicht zu Geld angeschlagen würden, und daß jedenfalls die Festsetzung solch anderweitiger Leistungen auf die Höhe des in Geld zu leistenden Preises immer bestimmend wirke.

Im Anschluß hieran rechtfertigte der Entwurf die Nichtaufnahme der Vorschrift, „daß das Geschäft bei einem gewissen Wertverhältnis“ [1]) der neben dem Geldpreise vereinbarten Leistungen „in ein Tauschgeschäft übergehe“, mit der Motivierung, daß diese Vorschrift überflüssig sei, da Kauf- und Tauschvertrag in der Hauptsache heute denselben Bestimmungen unterlägen.

Auf die Unzulänglichkeit dieser Begründung, die, abgesehen von der inkorrekten Ausdrucksweise, nur vom Tauschvertrage, aber gleichwohl von Leistungen zu sprechen, die neben dem Geldpreise übernommen werden, ausschließlich die praktische Seite der Abgrenzung in Erwägung zieht, wird weiter unten eingegangen werden; es sei hier nur darauf hingewiesen, daß die oben ausgesprochene Billigung der Nichtaufnahme der Vorschrift, wie gezeigt, auf anderen Beweggründen beruht.

Schließlich wurde die Frage aufgeworfen, ob eine Rechtsregel über die Beschaffenheit bezw. den Inhalt des Kaufpreises überhaupt notwendig sei, und in bejahendem Sinne beantwortet, und die Entscheidung mit der stichhaltigen, aber dürftigen Erklärung gerechtfertigt, daß damit jeder Zweifel beseitigt sei, ob der Kaufpreis verzinst werden müsse, wenn er überhaupt nicht oder nicht völlig in Geld, sondern ausschließlich oder daneben in anderen auf ihn in Anrechnung gebrachten Leistungen festgesetzt werde.

Auf breiterer Grundlage ruht die Begründung, die die Motive [2]) dafür abgeben, daß man die Bestimmung aufgenommen

[1]) Entw. a. a. O. S. 56.

[2]) Mot. Bd. 2 § 460 S. 320/21.

habe, der Kaufpreis müsse in Geld festgesetzt sein; sie räumen ein, daß diese Bestimmung die Anwendung der Vorschriften über den Kauf nicht unbedingt ausschließe, wenn der Erwerber sich zu einer anderen Leistung als Geld verpflichtet hat, und bemerken, daß bei der bestehenden Vertragsfreiheit im Gesetzbuch eben kein Raum für alle möglichen Verträge sei, man sich auch sehr oft damit helfen müsse, die für die verschiedenen Vertragstypen bestehenden Normen in Verbindung miteinander zur Anwendung zu bringen, behaupten aber, daß die Bestimmung eine Unterscheidung zwischen Kauf und anderen Umsatzgeschäften ermögliche und darum von Bedeutung für die Anwendbarkeit gewisser Rechtsnormen bleibe, die einen Kauf voraussetzen, z. B. der Rechtsnormen über den Vorkauf oder über die Anordnung einer Familienfideikommißstiftung, die die Verfügungsgewalt des Fideikommißbesitzers regeln.

Dem ist entgegenzuhalten, daß die Bedeutung der Vorschrift über die Notwendigkeit eines in Geld bestehenden Kaufpreises sich nur auf den unbedingten Ausschluß der Ausübung des Vorkaufsrechts in dem Falle beschränkte, wenn der Preis anders als in Geld bestimmt wurde, und auch hier noch von zweifelhaftem Werte war, weil die Vertragsparteien, die einen Kauf beabsichtigten, das Vorkaufsrecht dadurch umgehen konnten, daß sie den Kaufpreis statt in Geld in Papieren mit Börsenkurs oder Sachen mit fixem Marktpreise festsetzten. Grade bei der Ausübung eines Vorkaufsrechts muß der Richter in der Prüfung der konkreten Umstände unbehindert durch eine einengende gesetzliche Vorschrift zu der Entscheidung kommen dürfen, daß die Kontrahenten in Wirklichkeit einen Kauf beabsichtigt haben.

Über die Bedeutung des § 460 für Familienfideikommisse und seinen Wert im allgemeinen bemerkt Bernhöft: „Ob und wie § 460 für Familienfideikommisse wirken wird, ist schwer zu übersehen, und die Motive machen darüber keinerlei weitere Andeutung. Schon das ist bedenklich, wenn man über die Wirkung einer gesetzlichen Vorschrift so gar keine bestimmte Vorstellung hat: entweder wird genau ebenso entschieden werden, wie ohne § 460 entschieden worden wäre, oder es ist zu fürchten, daß der Paragraph dem Richter die unbefangene Interpretation

erschwert."[1]) Wie berechtigt die Kritik war, die Bernhöft an § 460 übte, anerkannten auch die Motive in gewissem Sinne durch das Zugeständnis, daß es in den Fällen, wo der Erwerber sich zur Zahlung einer Geldsumme und außerdem noch zu anderen Leistungen verpflichtet hat, zweifelhaft werden könne, ob ein Kauf oder ein anderes Rechtsgeschäft anzunehmen sei, und daß in solchen Fällen Ungewißheit bestände, ob man bei der Entscheidung das Hauptgewicht auf das Wertverhältnis der Leistungen zum Geldpreise oder auf die Bezeichnung zu legen habe, die die Parteien dem Geschäfte gäben.

Auf die Bezeichnung sicherlich nicht, wie schon für das gemeine Recht behauptet worden ist; wenn der Vertrag nach der Legaldefinition kein Kauf ist, kann kein Parteiwille die Macht besitzen, ihn durch Bezeichnung als Kauf den für diesen gegebenen Regeln zu unterstellen (daß die Frage im Bürgerlichen Gesetzbuch an Bedeutung verliert, weil die Vorschriften über den Kauf nach §§ 445, 493 auf andere Umsatzgeschäfte in weitem Maße Anwendung finden, ändert das allgemeine Prinzip nicht).

Diese Anschauung hat das RG. in Bd. 50 der Entsch. S. 286 ausdrücklich anerkannt. Die Vertragsschließenden hatten in dem Falle, der dem Reichsgericht vorlag, in Wirklichkeit ihre Güter einander verkauft, aber eine Vertragsurkunde aufgestellt, in der sie die Veräußerung als im Wege des Austausches vorgenommen erklärten, um die Stempelkosten für zwei Kaufverträge, wie sie re vera vorlagen, zu hinterziehen, und statt deren die bedeutend geringeren Stempelgebühren für einen Tauschvertrag zu zahlen. Der Fiskus hatte daher Klage wegen Gebührenhinterziehung erhoben, und das Reichsgericht zu seinen Gunsten entschieden: „Bei der Prüfung der Frage, ob das Geschäft sich als Tauschvertrag darstellt, darf kein Gewicht darauf gelegt werden, daß nach dem Ausdruck der Vertragsurkunde von den Kontrahenten der Abschluß eines Tauschvertrags beabsichtigt ist. Es kommt darauf an, wie sich objektiv nach Maßgabe des Vertragsinstrumentes das Geschäft darstellt. Nur dann, wenn

[1]) Bernhöft a. a. O. S. 54.

der Inhalt der Beurkundung erkennen läßt, daß die unmittelbare Leistung eines jeden Vertragsschließenden in der Verschaffung eines individuellen Gegenstandes besteht, liegt ein Tauschvertrag vor".

Da also die Motive, wie erwähnt, ausdrücklich einräumten, daß es trotz § 460 zweifelhaft bleibe, worauf das Hauptgewicht zu legen sei, und die Tatsache, daß diese Zweifelhaftigkeit nicht durch eine gesetzliche Vorschrift beseitigt worden sei, gewissermaßen mit der Erklärung entschuldigten, daß es Aufgabe der Wissenschaft und Praxis sei, diese Frage zu entscheiden, ein Gesetzbuch sich aber einer derartigen Bestimmung enthalten müsse, verlor § 460, abgesehen von dem oben erörterten Fall für den Vorkauf, eigentlich allen Wert, den er als gesetzliche Definition haben konnte.

Er ist denn auch in den Entwurf 2. Lesung nicht mehr aufgenommen worden; zum Teil wohl aus den zahlreichen Gründen, die im vorgehenden angeführt worden sind, vielleicht auch deshalb, weil man sah, daß das Fehlen einer näheren Bestimmung über die Beschaffenheit des Kaufpreises in anderen Gesetzbüchern in der Praxis nicht als Lücke empfunden wurde es enthielten z. B. das Züricher GB. Art. 1383 und das schweizerische Bundesgesetz Art. 229 in der Begriffsbestimmung des Kaufvertrags nur die Verpflichtung des Käufers zur Bezahlung eines Preises in Geld, bezw. des verabredeten Preises, und der code civil hatte durch Art. 1582: „La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer", nur die Bezahlung der Sache durch den Käufer für wesentlich erklärt.

Die Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs führen als Grund dafür, daß man § 460 gestrichen habe, an, daß er nur Selbstverständliches enthalten habe, und außerdem, daß „es kein Interesse habe, ob man, wenn neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise Leistungen anderer Art bedungen seien, das Geschäft als Kauf gelten lasse oder nicht, weil es gleichgültig sei, ob man in einem solchen Falle einen Kauf oder einen Tausch annehme". Dieser Standpunkt, den schon der Entwurf in der Vorlage des Redaktors vertrat, kann durch-

aus nicht gebilligt werden. Wenn es gleichgültig ist, ob man einen Tausch oder einen Kauf annimmt, dann hat die Unterscheidung zwischen beiden auch für den Fall kein Interesse, daß gar kein Geldpreis, sondern nur Leistungen anderer Art vereinbart sind. Mögen auch beide Vertragstypen denselben Normen unterstehen, die theoretische, wissenschaftliche Forderung, den Kauf vom Tausche abzugrenzen, darf doch, selbst wenn für sie gleiche Regeln gälten, was nicht vollständig der Fall ist,[1]) nicht übersehen oder vollends negiert werden.

Wie sich eine ungenaue Terminologie durchsetzen und mit einer geradezu erstaunlichen Hartnäckigkeit durch ein Jahrhundert behaupten kann, zeigt der Umstand, daß auch die Protokolle,[2]) wie schon Glück[3]) und die anderen, ganz allgemein von Leistungen sprechen, die neben dem Geldpreise bedungen werden, aber immer nur von einem Tausche, der in diesem Falle etwa vorliegen könne. Kann man denn in dem Tatbestande, wie ihn fr. 79 D. 78, 1 enthält, wo doch also auch Leistungen anderer Art neben dem in Geld festgesetzten Preise vom Erwerber übernommen werden, die Frage nach dem Vorliegen eines Tausches überhaupt aufwerfen, kann man bei Verträgen, in denen als Entgelt für den von dem einen Kontrahenten zu liefernden Gegenstand von dem andern der Gebrauch von Sachen verlangt oder Dienste gefordert werden oder ein Werk versprochen wird, also wiederum Leistungen übernommen werden, noch von einem Tausche reden? Offenbar doch nicht, da der Tauschvertrag die Verpflichtung der Hingabe von Sache gegen Sache zum Inhalt hat. Es gilt also nicht nur, wie die Protokolle meinen, den Kauf vom Tausche, sondern auch von anderen Umsatzgeschäften abzugrenzen, wenngleich das Recht des Kaufes nach §§ 445, 493 auf andere Umsatzgeschäfte Anwendung findet.

Und noch einmal sei hervorgehoben, daß bei dieser Abgrenzung die Bezeichnung, die die Parteien dem Geschäfte

[1]) Man denke z. B. an die Verzinsung des Kaufpreises, die Minderungsklage.

[2]) Bd. 2 S. 46 IV.

[3]) Glück a. a. O. § 977 S. 67/68.

beilegen, nicht ausschlaggebend sein darf. „Daß andere Gründe zu der Annahme führen können, die Parteien wollten die Regeln des Kaufes angewandt wissen, ist richtig, und daß diesem Willen zu folgen ist, sofern nicht absolute Vorschriften desjenigen Geschäftes entgegenstehen, als welches der geschlossene Vertrag sich rechtlich qualifiziert, ist unzweifelhaft.“ [1])

Ist aber etwa dadurch, daß § 460 des Entwurfs 1. Lesung gestrichen worden ist, der Geldpreis für den Kauf als unwesentlich bezeichnet worden? Keineswegs; der Inhalt des § 460 ist, wenn schon nicht verbis directis, im Bürgerlichen Gesetzbuch wiederzufinden; der in Geld festgesetzte Kaufpreis ist auch dem Bürgerlichen Gesetzbuch Essentiale des Kaufvertrags,[2]) und Leistungen anderer Art neben diesem so beschaffenen Kaufpreise sind auch nach ihm möglich und statthaft, ohne daß hierdurch die rechtliche Natur des ganzen Geschäftes als eines Kaufes geändert würde.

Ein Blick auf einzelne Bestimmungen über den Kauf bestätigt dies. § 433 Abs. 2 sagt: „Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.“ Wenn man von „zahlen“ spricht und dabei die ökonomische Bedeutung des Wortes vor Augen hat, so verbindet man mit ihm die Vorstellung, daß die in ihm liegende Tätigkeit durch das wirtschaftliche Gut zur Ausführung gelangt, das in der deutschen Sprache den Namen Geld führt. Da nun die Annahme berechtigt erscheint, daß das Wort „zahlen“ in § 433 in dem angeführten Sinne gebraucht wird, ist auch die aus dieser Annahme gezogene Schlußfolgerung begründet, daß das Bürgerliche Gesetzbuch, zumal es die Bestimmung über die Zahlungspflicht des Käufers als allgemeine Vorschrift an die Spitze des Titels über den Kauf stellt, den Geldpreis beim Kaufe für durchaus wesentlich ansieht; und daß andere Leistungen neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise, unbeschadet der juristischen Natur des Geschäfts als eines Kaufes, ausbedungen werden können, zeigen §§ 473 und 507.

---

[1]) Windscheid-Kipp a. a. O. § 385 S. 588.

[2]) s. Endemann, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 § 157a.

§ 473 spricht von dem Fall, wo Wandlung oder Minderung vollzogen werden muß, wenn neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise Leistungen vom Käufer übernommen sind, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben. Man darf aber darum nicht glauben, daß sich das Gebiet der Nebenverpflichtungen auf Sachen beschränkt; ebenso wie aus § 473 ersichtlich ist, daß überhaupt Leistungen neben dem Geldpreise prästiert werden können, und das Geschäft doch Kauf bleibt, ist auch aus seiner Stellung und Bedeutung zu entnehmen, daß er für Leistungen aller Art gilt; denn er steht hinter §§ 471 u. 472, die nur anwendbar sind, wenn der Kaufpreis in Geld festgesetzt war, und will darum die Fälle regeln, wo neben dem Geldpreise ganz allgemein Leistungen anderer Art versprochen sind; die sprachliche Ungenauigkeit kann irre führen, denn § 473 redet nur von nicht vertretbaren Sachen; das geschieht aber deshalb, weil die Vorschrift des zweiten Satzes des § 473 nur für diesen Fall Geltung hat.[1]) Man hat also auf Kosten gedrängter Kürze eine Bestimmung, die einen weiteren Inhalt hat, zu eng gefaßt.

Das aus § 473 gewonnene Resultat: Neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise können Leistungen anderer Art bedungen werden, ohne daß die Natur des Geschäftes als eines Kaufes sich darum ändert, wird durch § 507 bekräftigt; § 507 verpflichtet nämlich den Vorkaufsberechtigten, der sein Vorkaufsrecht ausüben will, zur Bewirkung der von dem Dritten neben dem Geldpreis etwa übernommenen Nebenleistung, setzt also auch die Tatsache, daß Nebenleistungen vom Käufer übernommen werden können, als bekannt voraus.

Und daß, wie behauptet wurde, diese Leistungen den Charakter von Nebenleistungen nicht verlieren dürfen (sie können aber, wie ausgeführt, höheren Wert als der Geldpreis haben), geht aus der im Bürgerlichen Gesetzbuche bestehenden Regel hervor, deren Geltung oben nachgewiesen ist, daß die Zahlung eines Geldpreises den wesentlichen Inhalt der Leistung des Käufers bildet.

[1]) s. Planck, BGB. nebst Einführungsgesetz II S. 255.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich, Felix Stein, wurde am 30. November 1883 in Patschkau in Schlesien geboren. Ich bin Jude und preußischer Staatsangehöriger. Mein Vater ist Kaufmann in Patschkau. Ich besuchte das Gymnasium zu Patschkau und verließ es Ostern 1903 mit dem Reifezeugnis.

Hierauf studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Genf (1 Semester), Berlin (2 Semester) und Breslau (3 Semester). Am 11. Juni 1906 bestand ich in Breslau die erste juristische Prüfung. Als Referendar wurde ich zunächst dem Amtsgericht Patschkau zur Ausbildung überwiesen, wo ich gegenwärtig noch bin.

Herrn Prof. Dr. Schott sage ich für den gütigen Rat bei Abfassung dieser Arbeit meinen besten Dank.